

Les Cahiers de droit



Les garanties contractuelles dans les transactions internationales comportant la fourniture de biens ou de services

Mahomed Hannani

Volume 26, numéro 3, 1985

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042684ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042684ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Hannani, M. (1985). Les garanties contractuelles dans les transactions internationales comportant la fourniture de biens ou de services. *Les Cahiers de droit*, 26(3), 633–725. <https://doi.org/10.7202/042684ar>

Résumé de l'article

It is common knowledge that liberalizing international exchanges does not eliminate the risks involved in international trade. For indeed, parties to an international commercial transaction are often far distant from one another and naturally know little about their respective financial or industrial situations as well as the laws and customs in force in these countries. It is these circumstances that brought about various advance payment schemes such as the letters of credit.

Yet world expansion of commerce that is largely due to hydro-electric projects and other projects linked together on a worldwide basis has given rise to contract guarantees. In this article the author deals with guarantees which mainly concern tender bond, performance bond, instalment reimbursement bond.

By means of these guarantees, an importer may demand that a third party whose solvency is recognized will guarantee the economic bond of the exporter. The demand for supplying a contract guarantee may also be required by the international body that finances an economic project or by way of legislation in some countries. After having described the machinery of these guarantees, the author examines the legal nature and validity of them. He then analyses the legal relationship of parties to this institution. He concludes by considering different cases that may prevent the realisation of the guarantee.

Les garanties contractuelles dans les transactions internationales comportant la fourniture de biens ou de services

Mahomed HANNANI *

It is common knowledge that liberalizing international exchanges does not eliminate the risks involved in international trade. For indeed, parties to an international commercial transaction are often far distant from one another and naturally know little about their respective financial or industrial situations as well as the laws and customs in force in these countries. It is these circumstances that brought about various advance payment schemes such as the letters of credit.

Yet world expansion of commerce that is largely due to hydro-electric projects and other projects linked together on a worldwide basis has given rise to contract guarantees. In this article the author deals with guarantees which mainly concern tender bond, performance bond, instalment reimbursement bond.

By means of these guarantees, an importer may demand that a third party whose solvency is recognized will guarantee the economic bond of the exporter. The demand for supplying a contract guarantee may also be required by the international body that finances an economic project or by way of legislation in some countries. After having described the machinery of these guarantees, the author examines the legal nature and validity of them. He then analyses the legal relationship of parties to this institution. He concludes by considering different cases that may prevent the realisation of the guarantee.

	Pages
Introduction	637
1. La pratique des garanties contractuelles dans le commerce international	641
1.1. Problèmes de terminologie.....	641

* LL.M., Université Laval, professeur à la Faculté des sciences juridiques et économiques de l'Université nationale de Mauritanie. Ce texte résulte de la thèse de maîtrise qu'il a rédigée sous la direction du professeur Claude Samson.

	<i>Pages</i>
1.1.1. La dénomination des garanties.....	642
1.1.2. La dénomination des parties.....	643
1.2. Description du mécanisme des garanties contractuelles.....	644
1.2.1. Une pratique diverse au service d'un but identique.....	644
1.2.2. Schéma général commun aux garanties contractuelles.....	644
1.3. Les différents types de garanties contractuelles	646
1.3.1. La garantie de soumission.....	646
1.3.1.1. Définition.....	646
1.3.1.2. Nature et mode de réalisation.....	649
1.3.1.3. Durée de validité.....	649
1.3.2. La garantie de bonne exécution.....	650
1.3.2.1. Définition.....	650
1.3.2.2. Modes de réalisation des garanties.....	651
1.3.2.2.1. La garantie payable à première demande.....	651
1.3.2.2.2. La garantie conditionnelle ou documentaire.....	653
1.3.2.3. La nature de l'obligation garantie.....	653
1.3.2.3.1. L'obligation de faire : une pratique exclusive des compagnies d'assurances	653
1.3.2.3.2. L'obligation pécuniaire et la pratique des insti- tutions financières.....	655
1.3.3. Les garanties de remboursement d'avances	657
1.4. Avantages et inconvénients des garanties contractuelles	658
1.4.1. Pour le bénéficiaire.....	658
1.4.2. Pour le donneur d'ordre	659
1.4.3. Pour le garant	660
 2. Nature juridique et validité des garanties contractuelles	 661
2.1. Comparaison avec des institutions juridiques voisines	661
2.1.1. La promesse de porte-fort.....	661
2.1.2. La délégation imparfaite.....	662
2.1.3. L'assurance souscrite au bénéfice d'un tiers.....	663
2.1.4. Le cautionnement	664
2.1.5. Le billet.....	666
2.1.6. Le crédit documentaire irrévocable	667
2.2. Nature juridique des garanties contractuelles.....	668
2.2.1. Une institution <i>sui generis</i>	668
2.2.2. La garantie est-elle un engagement unilatéral ou un contrat ?.....	669
2.2.2.1. Un acte unilatéral ?.....	669
2.2.2.2. Un contrat unilatéral.....	669
2.3. Validité des garanties contractuelles.....	671
2.3.1. Validité de la garantie conditionnelle	671
2.3.1.1. À une sentence arbitrale ou judiciaire	671
2.3.1.2. À un rapport d'expert ou certificat d'une autorité compétente	671
2.3.2. Validité de la garantie à première demande.....	671
2.3.2.1. La validité d'une sûreté personnelle non accessoire.....	671
2.3.2.1.1. Le principe de la liberté contractuelle permet de créer des sûretés innommées.....	672

	<i>Pages</i>
2.3.2.1.2. La sûreté personnelle à titre principal.....	672
A : En droit anglo-américain.....	672
B : En droit franco-belge	674
C : En droit civil québécois.....	675
2.3.2.2. Validité de l'obligation abstraite	677
2.3.2.2.1. La garantie contractuelle : une obligation abstraite.....	677
2.3.2.2.2. Une obligation causée.....	678
A : La cause : une notion controversée	678
B : La cause de la garantie varie selon la fonction assignée à cette garantie	679
3. La mise en œuvre des garanties contractuelles.....	681
3.1. Des difficultés d'interprétation liées aux techniques de rédaction	681
3.1.1. La réalisation de la garantie stipulée payable à première demande.....	681
3.1.1.1. La portée de la présomption découlant de cette garantie.....	681
3.1.1.2. La référence au contrat de base dans la garantie contrac- tuelle	682
3.1.1.3. La référence au cautionnement.....	683
3.1.2. Les solutions en cas de doute.....	684
3.2. Les effets du principe de l'autonomie de la garantie et ses conséquences sur les rapports des parties.....	686
3.2.1. Le cas de la garantie documentaire.....	686
3.2.1.1. La demande conforme aux instructions de la garantie	686
3.2.1.2. L'exigence d'un certificat d'expertise.....	687
3.2.1.2.1. La détermination du droit du bénéficiaire à la garantie.....	687
3.2.1.2.2. La contestation du certificat d'expertise	687
3.2.2. Le cas de la garantie à première demande.....	688
3.2.2.1. L'obligation pour le garant de s'exécuter.....	688
3.2.2.1.1. L'application des règles du crédit documentaire irrévocable	688
3.2.2.1.2. L'application des règles du billet promissoire	690
3.2.2.2. Le cas de la modification de l'opération de base	690
3.2.2.2.1. Le changement au contenu	691
A : Sans le consentement du donneur d'ordre	691
B : Avec le consentement du donneur d'ordre....	691
3.2.2.2.2. La prorogation de la durée de validité de la garantie.....	692
3.2.2.2.3. La solution de la C.C.I.....	693
3.2.3. Les rapports entre le donneur d'ordre et le garant.....	694
3.2.3.1. Le devoir de conseil du garant.....	694
3.2.3.2. Nature légale du lien entre le garant et le donneur d'ordre....	695
3.2.3.3. Les recours du garant contre le donneur d'ordre.....	696
3.2.4. Les rapports entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire.....	697
3.2.5. Rapports des parties dans le cas de la contre-garantie.....	697
3.2.5.1. Droits de la banque émettrice en cas de contre-garantie.....	698
3.2.5.2. Les obligations de la banque contre-garante	699

	<i>Pages</i>
4. Les motifs de non-exécution de la garantie contractuelle	700
4.1. L'exception au principe de l'autonomie de la garantie : la fraude.....	700
4.1.1. La justification de l'exception de fraude	700
4.1.2. La fraude confinée au contrat de garantie.....	701
4.1.3. La fraude étendue au contrat de base.....	703
4.1.3.1. Un équilibre rompu par la garantie à première demande.....	703
4.1.3.2. Nécessité du recours aux principes de base du droit des obligations.....	703
4.1.3.3. Les limites à l'application des principes du droit des obligations : l'interprétation restrictive de la fraude	706
4.1.3.4. La preuve de la fraude.....	708
4.1.3.4.1. L'exigence d'une fraude manifeste	708
4.1.3.4.2. La preuve <i>prima facie</i> de la fraude.....	709
4.2. Les recours à titre préventif du donneur d'ordre	710
4.2.1. La possibilité de ces recours	710
4.2.2. La saisie-arrêt	711
4.2.2.1. La garantie est-elle une créance saisissable ?.....	711
4.2.2.2. Le donneur d'ordre peut-il saisir la garantie.....	712
4.2.2.2.1. Lorsque la créance alléguée est liée au contrat de base.....	712
4.2.2.2.2. Si la créance alléguée est étrangère au contrat de base ou à la contestation en vertu de la garantie.....	713
4.2.2.2.3. Problème de l'existence de la créance du saisissant.....	714
4.2.3. L'injonction.....	715
4.2.3.1. Les conditions de son exercice en matière de garanties	715
4.2.3.2. Nécessité de fournir une caution en cas d'octroi de l'injonction.....	716
Conclusion.....	716
Bibliographie sélective	721

« Une institution juridique ne s'incorpore définitivement dans la vie des affaires que si elle s'harmonise avec la morale courante de la vie commerciale et si elle met dans un heureux équilibre les droits et les obligations des parties en présence »

Joseph HAMEL **

** « Réflexions sur le crédit documentaire irrévocable », *Liber Amicorum of Congratulations to Algot Bagge*, Stockholm, 1956.

Introduction

Il n'est plus question aujourd'hui pour l'écrasante majorité des pays du monde de vivre en autarcie. En effet, les diverses économies nationales sont devenues interdépendantes les unes des autres et il s'est instauré une division internationale du travail qui semble irréversible¹. Si le développement économique — et donc la production — s'est accru de façon spectaculaire depuis la deuxième grande guerre, les échanges internationaux se sont développés à un rythme encore plus accéléré. L'on estime qu'entre 1950 et 1973 la production mondiale a plus que triplé alors que les exportations-importations ont été multipliées par 6.7 fois². Trois facteurs expliquent le phénomène de l'accroissement du commerce mondial soit « la croissance des "productions de masse", les besoins des pays en voie de développement, parfois des pays à économie planifiée [...] »³, et le fait que les échanges commerciaux permettent une meilleure allocation des facteurs de production d'un pays.

Le Canada n'échappe pas à la règle générale et l'importance des ventes à l'exportation à la fois pour les sociétés canadiennes et l'économie dans son ensemble n'est plus à démontrer. C'est ainsi que les exportations de biens et de services qui constituaient 20% du produit national brut dans les années 1960, sont passées à 25% au milieu des années 70 et sont maintenant de l'ordre de 30%⁴. L'importance du commerce extérieur au niveau de la création d'emplois est clairement établie. Selon le *Conference Board* du Canada, un emploi sur cinq, soit deux millions d'emplois environ, est fourni par l'industrie à l'exportation⁵. Face à cette situation, les gouvernements fédéral et provinciaux de même que les institutions financières et associations de commerce s'efforcent d'encourager l'expansion des échanges commerciaux par la création de services tant d'ordre général que spécifique⁶. Aussi, pour se doter des outils nécessaires à l'application de cette politique de promotion de l'export-import, des ministères du commerce extérieur furent créés tant au niveau fédéral qu'au niveau des provinces et le secteur privé se dota du *Export Trade Development Board*.

Sur le plan international, le développement sans précédent du commerce international a suscité l'intérêt de l'Organisation des Nations-Unies qui a

1. A. THÈS, *Le Commerce international*, Paris, Scodel, 1981, p. 48.

2. *Id.*, p. 19.

3. *Id.*, p. 14.

4. Ministère des Affaires extérieures, « Les Exportations », in *La Presse* du 12 mai 1984 (Source: *Conference Board of Canada*) ; S. A. SHEPHERD, *Foreign Exchange and Foreign Trade in Canada*, 5^e éd., Victoria (B.C.), SinoNis Press, 1980, 159.

5. Ministère des Affaires extérieures, *id.*

6. SHEPHERD, *id.*

voulu encadrer et promouvoir le phénomène, non sans un parti pris favorable aux pays en développement qui constituent aujourd'hui la grande majorité de ses membres. C'est ainsi que trois organismes de cette institution universelle furent créés. Le premier, l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le Commerce* (de son sigle anglais, le G.A.T.T.) est né en 1947 et a pour mission de réduire les barrières tarifaires douanières. Il vise aussi à éliminer les entraves aux échanges et les mesures discriminatoires entre pays ainsi que les subventions et autres mesures visant à stimuler abusivement les exportations⁷. La deuxième institution est la Conférence des Nations-Unies sur le commerce et le développement (C.N.U.C.E.D.) qui tente d'« associer la croissance des échanges au développement dans les pays en voie de développement »⁸. Finalement, c'est aussi dans ce cadre que fut instituée en 1966 la Commission des Nations-Unies pour le Droit Commercial International (C.N.U.D.C.I.)⁹ dont le mandat consiste à promouvoir l'harmonisation et l'unification progressives d'un droit du commerce international¹⁰. Depuis le début de ses travaux, cette Commission a produit quatre textes principaux portant respectivement sur l'arbitrage des disputes nées des rapports commerciaux internationaux, les contrats de vente internationale de marchandises, le transport des marchandises par mer et les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux¹¹.

Toujours au plan international, mais à un niveau privé cette fois, la Chambre de commerce internationale (C.C.I.) tente depuis plusieurs décennies de codifier certains usages et pratiques des opérateurs du commerce international. Soulignons à son actif, entre autres publications, les *Règles et Usances Uniformes Relatives aux Crédits Documentaires* et les *Règles uniformes pour les garanties contractuelles*. D'ailleurs la C.N.U.D.C.I. peut, à l'occasion, faire appel aux services de cette Chambre pour l'élaboration de textes reliés à la pratique du commerce international¹².

7. A. THÈS, *supra*, note I, p. 31 s.

8. *Id.*

9. Créée par la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale du 17 décembre 1966, citée dans B. GOLDMAN, « Les travaux de la Commission des Nations-Unies pour le Droit Commercial International, Note Introductive », (1979) 106 *Journal du droit international*, 747.

10. J. HONNOLD, « Unification of International Trade Law: UNCITRAL'S First Decade, General Introduction », (1979) 27 *American Journal of Comparative Law*, 201.

11. B. GOLDMAN, *supra*, note 9, p. 747 s ; ces conventions ne sont toutefois pas encore entrées en vigueur. Les plus avancées parmi elles ont franchi le stade de l'adoption par la Conférence diplomatique mais n'ont pas encore réuni le nombre requis de ratifications, *id.*

12. C'est le cas notamment pour les lettres de crédit *stand-by*, v. « Rapport du Secrétaire général : Lettres de crédit Stand-by », in *Annuaire de la C.N.U.D.C.I.*, 1979, vol. X, 86, p. 88.

Pourtant, la libéralisation des échanges internationaux n'élimine pas les risques — qui sont autant d'obstacles — inhérents au commerce extérieur. Les parties à une transaction internationale sont souvent fort éloignées l'une de l'autre et ignorent, par conséquent, leur situation financière ou industrielle respective, sans parler des législations et usages différents en vigueur dans leurs pays. Cette situation avait déjà entraîné des modes de paiements anticipés dans les opérations de négoce, grâce, notamment, au crédit documentaire¹³. Mais, depuis lors, les immenses projets hydro-électriques en Amérique du Sud et, surtout, les énormes projets d'infrastructure au Moyen-Orient ont suscité une concurrence effrénée dans les pays industrialisés et entraîné l'avènement d'un « marché-acheteur »¹⁴. Cette position de force des contractants du Tiers-Monde explique en grande partie l'apparition des garanties contractuelles. Grâce à ces sûretés — lesquelles portent principalement sur les garanties de soumission, de bonne fin, de retenue de garantie et de remboursement d'acomptes —, l'importateur exige, souvent en contrepartie d'un crédit documentaire irrévocable qu'il aura ouvert au profit de son fournisseur, qu'un tiers d'une solvabilité notoire se porte garant de la prestation économique incombant à l'exportateur. L'exigence de la fourniture d'une garantie contractuelle peut aussi être requise par l'organisme international qui finance un projet économique¹⁵ ou par la législation de certains pays. Dans le premier cas, il s'agit généralement d'une lettre de garantie émise pour assurer le paiement à bonne date par l'emprunteur des sommes dues en vertu d'une ouverture de crédit. Cette situation se vérifie surtout dans les pays en développement. On y a recours pour financer certains projets économiques à défaut de capitaux propres ou suite à l'impossibilité d'avoir un crédit fournisseur que le vendeur s'engage à obtenir auprès des banques de son pays. Il arrive même, lorsque le système bancaire d'un pays est assez faible, que le prêteur ou bailleur de fonds exige que ce soit l'État qui se porte garant du remboursement du prêt¹⁶. De plus, le bailleur de

13. C. BONTOUX, « Le crédit documentaire est-il condamné? », (1981) *Banque*, 1142.

14. L. G. BECKERS, « Contract guarantees and international Bonding Practices », in *Trade Financing*, London, Publications Euromoney, 1981, 149, p. 150.

15. C. M. SCHMITTHOFF, *Schmitthoff's Export Trade*, 7^e éd., London, Stevens and Son, 1980, p. 443 s.; tel semble être le cas de la Banque Inter-Américaine de Développement, v. J.A. CREMADES, M.A. VALLUIS et I. ZIVY, « Droit et Pratique des Garanties en Amérique latine », in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, Colloque de Tours, Paris, Éditions du Moniteur, 1981, p. 83.

16. Voir notamment la pratique en Mauritanie, en particulier les accords de prêt signés entre la Société nationale industrielle et minière (Snim) et la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (B.I.R.D.).

fonds pourra aussi s'entourer d'autres mesures de sécurité tels des accords de domiciliation¹⁷, de trust, de sûretés et/ou de garantie de transfert de fonds¹⁸.

Historiquement, le phénomène des garanties contractuelles résulte de l'intérêt grandissant porté par les opérateurs du commerce international aux sûretés personnelles et de l'abandon de plus en plus remarqué des sûretés réelles¹⁹. En effet, les acheteurs avaient commencé par exiger des sûretés sur les biens de leur cocontractant ou, mieux encore, des dépôts de cautionnement. Toutefois, le dépôt en espèces devait s'avérer inapproprié car il entraînait une immobilisation de fonds très coûteuse pour celui qui le fournissait, sans compter que l'existence d'un contrôle sévère de changes dans le pays du bénéficiaire pouvait empêcher le rapatriement de la partie du dépôt qui n'était plus nécessaire²⁰. La pratique du commerce international a alors imaginé la garantie contractuelle à titre de palliatif²¹. Celle-ci devait alors servir de « véritable liquidité pour le bénéficiaire » tout comme le dépôt mais sans entraîner le décaissement souvent important qui en résultait et, accessoirement, éviter le renchérissement de la transaction originaire²².

L'apparition et le développement de ce type nouveau de sûreté autonome qu'est la garantie contractuelle a eu pour conséquence que les banques ont, dans le domaine des opérations de construction internationales, assumé le rôle traditionnellement réservé à l'industrie de l'assurance²³. D'autre part, les compagnies d'assurance se sont abstenues jusqu'ici d'émettre ce genre de sûreté, particulièrement en cas de garantie payable sur simple demande. Or,

17. En vertu de l'accord de domiciliation, toutes les recettes provenant de l'activité de l'emprunteur sont versées exclusivement dans un compte spécial ouvert à une banque du choix de l'emprunteur, et celle-ci sera tenue sous instructions irrévocables de virer, à certains intervalles, au Trustee mentionné les montants nécessaires aux fins prévues dans l'Accord de Trust (termes d'une clause d'un accord de prêt passé entre Snim et la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (B.I.R.D.)).

18. La garantie de transfert de fonds peut être nécessaire dans les pays où la réglementation des changes est rigoureuse. C'est le cas en Mauritanie où la Banque Centrale du pays se porte alors garante de la sortie des devises.

19. H. LESGUILLONS, « Introduction : Histoire, signification et pratique des garanties », in *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, p. 2-3.

20. B. S. WHEBLE, « "Problem Children" — Stand-By Letters of Credit and Simple First Demand Guarantees », (1982) 24 *Ariz. L. Rev.* 301, p. 302.

21. Un exemple est fourni par le *Cahier des clauses générales applicables aux marchés de la Snim portant sur des travaux*, article 26 :

Lorsque le marché prévoit la constitution d'une garantie financière par le fournisseur, cette garantie peut être réalisée sous l'une des formes ci-après :

a) dépôt d'un cautionnement en espèces ;

b) remise d'un engagement de caution personnelle et solidaire fourni par un établissement bancaire préalablement agréé par Snim.

22. LESGUILLONS, *supra*, note 19, p. 6.

23. L.G. BECKERS, *supra*, note 14, p. 149.

les formules traditionnelles des contrats d'assurance ne suscitent apparemment pas l'enthousiasme des importateurs ou maîtres d'ouvrages étrangers. Cela s'explique par le fait que le paiement de l'assurance exige au préalable de longues négociations entre l'assureur et le bénéficiaire de l'assurance, contrairement aux garanties à première demande ²⁴.

Mais ce sont les problèmes d'ordre légal soulevés par les garanties contractuelles qui retiennent davantage l'attention. Création originale des milieux commerçants internationaux, la garantie qui n'est sanctionnée par aucun texte législatif ²⁵, pose des problèmes délicats en droit. En effet, outre qu'elle est

au confluent de deux éléments particulièrement délicats du droit des obligations : les opérations à trois personnes et la théorie de la cause et des obligations abstraites ²⁶,

la garantie contractuelle soulève des incertitudes quant aux questions de la source de droit et la capacité de la volonté des parties à créer une nouvelle espèce de sûreté non accessoire.

Après avoir décrit le mécanisme de ces garanties (Partie 1), nous tenterons d'en esquisser la nature et la validité juridiques (Partie 2) pour nous interroger, ensuite, sur les rapports juridiques des parties à cette institution (Partie 3) et finalement envisager les cas pouvant empêcher la réalisation de la garantie (Partie 4).

1. La pratique des garanties contractuelles dans le commerce international

1.1. Problèmes de terminologie

Il ne s'agit pas à ce stade de l'étude de distinguer les différentes sortes de garanties, mais de sensibiliser le lecteur au fait que, par suite d'une pratique relativement récente, le vocabulaire juridique n'est pas encore très bien fixé lorsqu'il s'agit de désigner les espèces de garanties ou les parties à ces garanties. C'est de cette question que nous voulons traiter dans les sections qui suivent.

24. « The Snag in Arab Contracts », *Business Week*, April 25, 1977.

25. Exception faite du Code de commerce international de la Tchécoslovaquie, articles 665 à 675, v. UNCITRAL : *Preliminary Study of Guarantees and Securities as related to international Payments*, A/Cn.9/20 (17.2. 1969), p. 5.

26. J. STOUFFLET, « La lettre de garantie internationale », (1982) *Revue de jurisprudence commerciale* (numéro spécial) 76, p. 77.

1.1.1. La dénomination des garanties

Plusieurs décisions de jurisprudence, suivant en cela la dénomination faite par bon nombre de banques²⁷, qualifient de « cautionnement bancaire » la pratique assez récente des garanties contractuelles émises lors d'opérations commerciales internationales²⁸. Cette attitude est unanimement contestée par la doctrine qui y voit une confusion intolérable entre deux institutions juridiques bien distinctes²⁹. Mais, la doctrine n'est pas encore arrivée à s'entendre sur une expression uniforme : une partie parle de « garantie bancaire », l'autre de « garantie contractuelle »³⁰. Nous avons retenu cette dernière expression parce qu'elle nous semble plus juste car même si les banques sont, en pratique, celles qui délivrent le plus fréquemment ce type de garanties en commerce international, d'autres institutions, telles les compagnies d'assurance, peuvent en émettre aussi. Ce choix permet donc de ne pas limiter indûment la réalité que couvre l'opération envisagée³¹. Néanmoins l'expression « garantie contractuelle » pourrait prêter à équivoque puisque la juxtaposition des vocables « garantie » et « contrat » fait penser aux garanties connues dans certains systèmes de droit et relatives au vice ou défaut de la chose dans un contrat de vente³².

Toujours au sein de ces garanties contractuelles, la doctrine parle tantôt de « garantie conditionnelle » tantôt de « garantie documentaire » par opposition aux « garantie à première demande » ou « garantie automatique ». En faveur du qualificatif « documentaire » on a dit que cela conviendrait mieux car la réalisation de la garantie dépend de la présentation de documents spécifiés dans la garantie elle-même³³. À cela on a rétorqué qu'il peut être

27. L'opération de la « Caution bancaire » ou du « Cautionnement bancaire » est aussi rendue en jargon bancaire par les expressions « Crédit par signature » ou « engagement par signature ».

28. Voir au Québec : *B.G. Checo International Ltée c. B.N.P. Canada Inc.*, C.S. de Montréal, J.E. 81-922; en France : *D.* 1979, J. 259, *contra* : Trib. Comm. Bruxelles, 23 décembre 1980, *Revue de la Banque*, 1981, 627 qui parle de « garantie bancaire ».

29. *D.*, 1979, J. 259 et la critique de M. Vasseur, p. 263.

30. F. EISEMANN, « Arbitrage et garanties contractuelles », (1972) *Revue de l'Arbitrage*, 385; les auteurs anglophones utilisent les termes *bank guarantees*, *Guaranty letters of Credit* ou encore *standby letters of Credit* pour désigner la même chose, v. : K.G. WHITE, « Bankers Guarantees and the problem of unfair calling », (1979) 11 *J. of Maritime Law and Commerce*, 121; P.R. VERKUIL, « Bank Solvency and Guaranty Letters of Credit », (1973) 25 *Stanford Law Rev.*, 716; H. HARFIELD, « The Standby Letter of Credit Debate », (1977) 94 *Banking Law Journal*, 293.

31. C'est aussi dans le même sens que la Chambre de commerce internationale (C.C.I.) s'est prononcée, v. *Règles uniformes pour les garanties contractuelles*, Publication n° 325, Paris, 1978.

32. EISEMANN, *supra*, note 30, p. 384.

33. *Id.*, p. 387.

trompeur d'opposer la garantie à première demande à la garantie documentaire puisqu'il arrive souvent que les documents spécifiés équivalent à une simple déclaration du demandeur³⁴. Mais lorsque les documents requis tendent à établir un quelconque défaut du cocontractant comme condition préalable à la réalisation de la garantie, il pourrait être plus juste de parler de garantie conditionnelle³⁵.

Finalement, les auteurs emploient les expressions garanties « à première demande », « automatique », « sur simple demande », « inconditionnelles », « indépendantes » ou « abstraites » pour dire différemment une même chose. Nous avons pu constater que le vocable « à première demande » est le plus fréquemment utilisé, ce qui n'empêche pas qu'il ait pu être critiqué³⁶.

1.1.2. La dénomination des parties

S'agissant des parties à l'opération commerciale qui fait intervenir la garantie contractuelle, l'on désignera par le vocable « donneur d'ordre » le fournisseur ou l'entrepreneur ou maître d'œuvre qui a obtenu de l'institution financière — le garant — ladite garantie. Cette appellation est préférable à celle de débiteur car, comme nous le verrons, la garantie pourra être due alors que le client de la banque n'est réellement pas en défaut³⁷. Et pour les mêmes raisons, mais inversement, le terme de « bénéficiaire » de la garantie convient mieux que celui de « créancier » pour désigner l'acheteur ou maître d'ouvrage dans la transaction de base³⁸.

34. L.G. BECKERS, *supra*, note 14, p. 152.

35. M. DUBISSON, « Le droit de saisir les cautions de soumission et les garanties de bonne exécution », (1977) *D.P.C.I.*, tome 3, n° 4, 423, p. 441; dans le présent travail nous emploierons l'une et l'autre sans distinction.

36. H. VAN LIER, « Les garanties dites "à première demande" ou "abstraites" », *Journal des Tribunaux*, 24 mai 1980, p. 352, propose qu'à ce nom descriptif soit substituée l'appellation « garantie abstraite » terme qui répondrait mieux à l'originalité juridique de cette institution; Y. POULLET, « Présentation et définition des garanties pratiquées en Europe », in *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, p. 43, préfère parler de garantie « automatique ».

37. Y. POULLET, « Les garanties contractuelles dans le commerce international », (1979) *D.P.C.I.*, tome 5, n° 3, 387, p. 398 et *infra*, 1.3.2.2.

38. C'est cette terminologie qui a été retenue par la C.C.I., *supra*, note 31; voir aussi F. EISEMANN, *supra*, note 30, p. 381 et Y. POULLET, *supra*, note 36, p. 20 pour qui cette terminologie présente l'avantage de préciser la position économique des différentes parties vis-à-vis de la garantie, sans égard à toute connotation juridique.

1.2. Description du mécanisme des garanties contractuelles

1.2.1. Une pratique diverse au service d'un but identique

La pratique internationale³⁹ connaît deux systèmes bien distincts, soit celui de l'Europe et celui de l'Amérique du Nord. Alors que ce dernier se sert de la lettre de crédit tant comme outil de paiement du contrat de base que comme instrument de garantie du bon achèvement dudit contrat⁴⁰, le système européen utilise le crédit documentaire uniquement pour le paiement de la transaction de base et la lettre de garantie pour en garantir l'exécution⁴¹. Au sein même de la pratique nord-américaine, il subsiste à côté de la lettre de crédit *standby*, l'institution du *performance bond*, sorte de sûreté accessoire⁴². Toutefois, dans les rapports internationaux, le *performance bond* perd du terrain au profit de la lettre de crédit *standby* car sa formulation très détaillée et son caractère accessoire s'opposent à la concision caractéristique du *standby* qui accroît la sécurité de l'acheteur⁴³.

1.2.2. Schéma général commun aux garanties contractuelles

À l'instar de l'ensemble des autres sûretés personnelles exigées lors de transactions internationales, la garantie contractuelle donne lieu à au moins trois rapports juridiques distincts⁴⁴. D'abord, il y a la relation commerciale principale portant sur la vente de services ou de biens d'équipement ou encore sur l'exécution de travaux de construction qui se tisse entre l'exportateur-entrepreneur et l'importateur-maître d'ouvrage. Suite à cela et comme conséquence, l'exportateur s'adresse à l'établissement financier pour l'ouverture d'un crédit ou l'obtention d'une police d'assurance. Un tel rapport a pu être qualifié de mandat donné par le client à l'institution financière⁴⁵. En dernier lieu, garant et bénéficiaire conviennent du contrat de garantie à proprement parler.

39. Du moins, celle connue dans les pays industrialisés à économie de marché.

40. Le *Standby letter of credit*.

41. Y. POULLET, *supra*, note 36, p. 15-16.

42. *Infra*, 1.3.2.3. Cette pratique s'est répandue au monde entier dans le domaine de la construction, F. GISCARD d'ESTAING, *Financement et garanties du Commerce international*, Paris, P.U.F., 1977, p. 18.

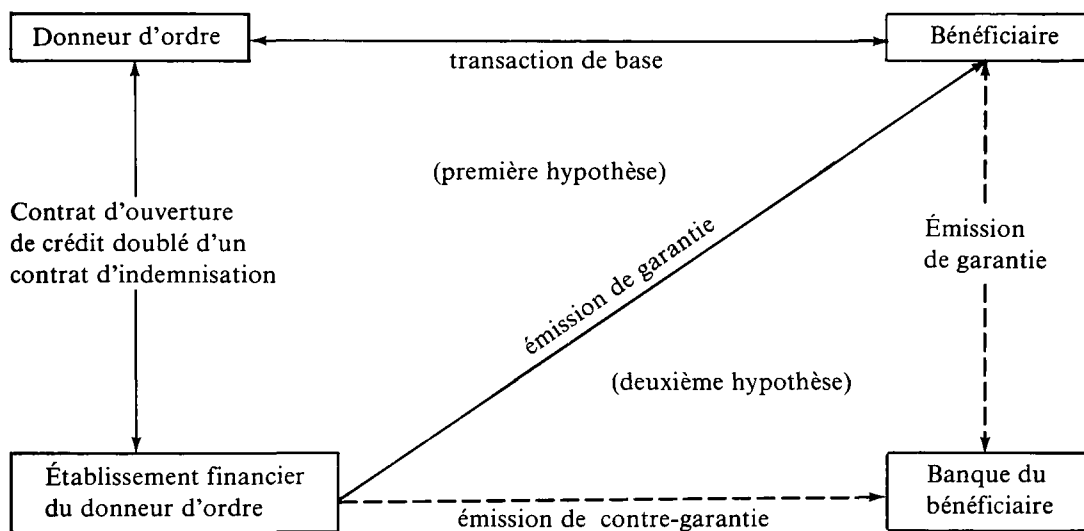
43. J.D. BECKER, « Standby Letters of Credit and the Iranian Cases: Will the Independence of the Credit Survive? », (1980) 13 *U.C.C.L.J.*, 335, 339.

44. C. GAVALDA et J. STOUFFLET, « La lettre de garantie internationale », (1980) *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, tome 33, p. 7; Y. POULLET, *supra*, note 37, p. 390.

45. Y. POULLET, *id.*

Mais il arrive assez souvent qu'un quatrième rapport juridique vienne se greffer à ceux déjà décrits. C'est le cas où le bénéficiaire exige et obtient que la garantie soit émise par une banque de sa nationalité laquelle se fait alors délivrer une contre-garantie de la banque du donneur d'ordre.

Les différents rapports juridiques peuvent être schématisés comme suit :



La pratique d'exiger une contre-garantie, très fréquente au Moyen-Orient, ne semble pas avoir suscité l'intérêt des milieux d'affaires mauritaniens. Même la Snim, pourtant rompue aux opérations commerciales internationales, ne s'en est guère prévalu. La principale raison à cela semble être la faiblesse du système bancaire national et du haut risque qu'il représente, les bénéficiaires mauritaniens préférant alors avoir directement affaire à une banque de premier ordre, fut-elle étrangère ⁴⁶.

46. Entrevue avec le Chef de Division de Trésorerie de la Société Nationale Industrielle et Minière — Société d'Économie Mixte (Snim-Sem) qui a eu lieu à Nouadhibou, le 24 mars 1984. À l'opposé, les étrangers qui accordent des crédits d'investissement à des Mauritaniens, en outre d'obtenir une garantie de transfert de fonds de la Banque Centrale du pays et une garantie de l'État, en pratique du ministère des Finances, vont exiger la contre-garantie d'une banque étrangère de premier rang (*"first class" bank*).

1.3. Les différents types de garanties contractuelles

Il existe plusieurs critères de classification des garanties contractuelles dont les trois principaux gravitent autour de l'objet de ces garanties, des conditions de leur mise en jeu ou encore de la nature de l'obligation garantie. Comme question de méthodologie, nous avons retenu la catégorisation selon l'objet ce qui nous permet aussi de distinguer au sein de celle-ci le mode de réalisation et la nature de la garantie tout en évitant les répétitions inutiles ⁴⁷.

1.3.1. La garantie de soumission

1.3.1.1. Définition

C'est la première dans la série des garanties pouvant être requises pour l'exécution d'une même opération commerciale puisqu'elle se situe à la phase précontractuelle même de l'opération commerciale ⁴⁸. Elle a ainsi été définie par la Chambre de commerce internationale (C.C.I.) :

Un engagement pris par une banque, une compagnie d'assurances ou une autre partie (« le garant »), à la demande d'un soumissionnaire (« le donneur d'ordre »), ou pris sur les instructions d'une banque, d'une compagnie d'assurances ou d'une autre partie habilitée à cet effet par le donneur d'ordre (« la partie donnant les instructions ») vis-à-vis d'une partie ayant émis un appel d'offres (« le bénéficiaire »), par lequel le garant s'oblige — en cas de manquement du donneur d'ordre aux obligations découlant de sa soumission — à effectuer un versement au bénéficiaire dans les limites d'un montant indiqué. ⁴⁹

La garantie de soumission met donc principalement en rapport, tout comme les autres garanties contractuelles, trois parties soit l'institution financière qui s'engage, suite à la sollicitation du soumissionnaire-donneur d'ordre, à payer un montant déterminé à l'auteur de l'appel d'offres, le bénéficiaire. Dans certains cas, un quatrième rapport juridique peut naître notamment lorsque le bénéficiaire obtient que la garantie soit fournie par une banque sise dans son pays laquelle se fera alors contre-garantir par la

47. Nous avons exclu de notre étude le cautionnement de retenue de garantie.

48. Les banques commerciales en Mauritanie connaissent aussi ce type de sûreté sous la dénomination de « Cautionnement provisoire ». En France, les Administrations publiques emploient l'expression « Caution pour adjudication », exigée lors d'un marché public, qui est ainsi définie dans des notes de perfectionnement distribuées aux techniciens des banques : « C'est une garantie morale qui permet au bénéficiaire du marché d'éviter de déposer auprès de l'Administration un cautionnement en espèces ou en titres, cautionnement prévu, en général, par le Cahier des charges. »

49. C.C.I., *supra*, note 31, article 2 a).

banque du donneur d'ordre. Ceci peut s'expliquer du fait que la banque de ce dernier n'a pas de succursale dans le pays du bénéficiaire ou simplement parce que le bénéficiaire se sent encore plus en sécurité en faisant affaire directement avec une banque nationale. Il pourra alors exercer efficacement plus de pression sur celle-ci, en particulier si le bénéficiaire est une agence gouvernementale. C'est ce qui explique que la définition de la C.C.I. parle d'« engagement pris sur les instructions d'une banque ou d'une compagnie d'assurances [...] habilitée à cet effet par le donneur d'ordre. »⁵⁰

Si le marché le prévoit, ce n'est que lorsqu'il aura fourni une garantie de soumission que le donneur d'ordre peut être autorisé à soumissionner à l'adjudication de l'appel d'offres. D'ailleurs, la procédure de l'appel d'offres international est généralement imposée au maître d'œuvre-emprunteur par les organismes bailleurs de fonds. Elle est alors strictement réglementée et le prêteur conserve un droit de regard sur la passation du marché⁵¹.

Par cette garantie, le bénéficiaire cherche à se prémunir contre le défaut du soumissionnaire de respecter ses engagements. Ce manquement peut survenir par suite du refus de l'entrepreneur de signer le contrat⁵² ou de son incapacité à fournir les garanties additionnelles⁵³. Cette dernière éventualité soulève la question de savoir si une institution financière qui a délivré une garantie de soumission peut refuser d'accorder des garanties de remboursement d'avances ou de bonne exécution; autrement dit la continuité économique entre les différentes garanties doit-elle entraîner une interdépendance juridique? Bien que le problème, selon nous, ne se soit pas encore posé en pratique, le doctrine diverge sur la réponse à cette question.

50. *Id.*

51. À titre d'exemple, cette clause tirée d'un accord de prêt intervenu entre la BIRD et la Snim :

Les marchés de fourniture ou de travaux de génie civil sont passés selon des procédures conformes à celles qui sont exposées dans les « Directives concernant la passation des marchés financés par les prêts de la Banque mondiale et les Crédits de l'I.D.A. », publiées par la Banque en mars 1977, par appel à la concurrence internationale.

Les soumissionnaires doivent aussi être préqualifiés et la BIRD « examine les décisions prises en matière de passation des marchés ».

52. Lorsqu'il se rend compte, par exemple, qu'il a mal évalué le contrat ou qu'il a fait une erreur de calcul dans sa soumission.

53. Il est d'usage d'exiger, dès la soumission, que l'entrepreneur ou l'exportateur fournisse une garantie de bonne exécution advenant l'acceptation de sa soumission. Au Canada, on exige en plus, des cautionnements de paiement de main-d'œuvre et des matériaux, v. T. ROUSSEAU-HOULE, *Les contrats de construction en droit public et privé*, Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej, 1982, p. 126; É. MARTIN, « Le cautionnement des obligations de construction et les réclamations sur cautionnement », in *Les différends dans la construction*, Formation permanente, Barreau du Québec, Cours n° 65, Montréal, Éd. Yvon Blais Inc., 1982, p. 143.

Certains auteurs sont d'avis que l'organisme financier émetteur de la garantie de soumission est tenu de délivrer les autres garanties stipulées dans le contrat de base⁵⁴, ce qui éliminerait tout risque de ce côté pour le soumissionnaire.

Ainsi donc la garantie de soumission a pu être rapprochée d'une clause pénale⁵⁵ par laquelle le bénéficiaire cherche à être dédommagé, comme conséquence du défaut du soumissionnaire originalement retenu, pour les frais additionnels encourus lors de la nouvelle adjudication du contrat à un autre candidat. En effet, cela pourrait nécessiter la publication de nouvelles conditions d'offres ou, à tout le moins, l'examen des propositions contenues dans la soumission d'une autre partie.

En pratique, la garantie de soumission est généralement indépendante des obligations du donneur d'ordre et est payable sur simple demande du bénéficiaire. Cette éventualité n'a pas été envisagée par la C.C.I. qui stipule expressément que le garant ne s'oblige qu'« en cas de manquement du donneur d'ordre aux obligations découlant de sa soumission »⁵⁶. Aussi a-t-on proposé une définition qui substituerait la notion économique de « prestation » à la notion juridique d'« obligation »⁵⁷.

Par ailleurs, on peut distinguer deux catégories de soumission, soit la soumission non précédée d'un appel d'offres⁵⁸, dite unilatérale, et celle faisant suite à un appel d'offres. Dans les deux cas, la garantie de soumission n'est pas donnée immédiatement. Ceci peut sembler évident dans le cas de la soumission unilatérale où le contrat modifie souvent l'offre, mais même dans le cas de la soumission consécutive à un appel d'offres, celle-ci, en général, n'exprime pas une acceptation pure et simple⁵⁹. Or la définition de la C.C.I. ne prévoit que le cas de la soumission en réponse à un appel d'offres⁶⁰,

54. M. DUBISSON, *supra*, note 35, p. 434; J.P. MATTOU, « La délivrance des cautions de soumission dans les marchés internationaux à moyen et long terme », *Banque*, 1977, p. 420; L. JACKSON, « Contract guarantee abroad », *J. of Inst. of Bankers*, 1958, 103. L'opinion contraire est défendue par M^e Daniel Desjardins auteur d'une thèse de maîtrise sur *Le crédit documentaire irrévocable en droit international commercial privé*, Université McGill, août 1982. Rencontre qu'il nous a accordée le 9 décembre 1983 à Montréal.

55. VAN LIER, *supra*, note 36, p. 345; Rapport Hongrie à la C.N.U.D.C.I., A/CN.9/45/Add.1, (25 mars 1970), p. 8; J.A. NELSON, « How to make a standby credit worth more than the paper it's written on », *Euromoney*, novembre 1979, p. 113.

56. C.C.I., *supra*, note 31, art. 2a (souligné par nous); cette position a été reprochée à la Chambre mais elle s'inscrit dans la logique de celle-ci qui n'entend pas traiter des garanties à première demande: *id.*, Introduction, p. 9.

57. Y. POULLET, *supra*, note 36, p. 32.

58. M. DUBISSON, *supra*, note 35, p. 428.

59. *Id.*, p. 431.

60. C.C.I., *supra*, note 31, a. 2a.

ignorant ainsi une pratique préexistante⁶¹ et ne tenant pas compte du fait qu'une soumission peut être acceptée comme simple base de négociation⁶².

1.3.1.2. Nature et mode de réalisation

Par sa nature même et le but visé par les parties, la garantie de soumission ne peut porter que sur une somme pécuniaire. Le montant de cette garantie peut être fixé à une somme forfaitaire ou à un pourcentage de la valeur du marché soumissionné qui varie en général de un à cinq pour cent, avec des pointes de dix à quinze pour cent⁶³.

Quant aux modalités de réalisation, la garantie de soumission est souvent rédigée sous la forme d'une garantie payable à première demande. Cela s'expliquerait par le fait que l'auteur de l'appel d'offres, bénéficiaire de la garantie, qui se trouve à rédiger le texte de la garantie, considère généralement que celle-ci joue le même rôle qu'un dépôt⁶⁴. C'est aussi dans le même sens que s'est prononcé le Groupe de travail mixte des deux Commissions de la C.C.I.⁶⁵ qui favorise pourtant l'émission des garanties conditionnelles, sauf dans le cas des soumissions :

the Working Party therefore decided to recommend the giving of conditional, rather than unconditional, guarantees, except possibly in respect of tender guarantees (tender bonds), which might be regarded as virtually the same as a deposit of cash, so that an obligation of the guarantee to pay on simple demand would only put the principal (le donneur d'ordre) in the same position as if cash had actually been deposited.⁶⁶

1.3.1.3. Durée de validité

S'agissant de la durée de validité de la garantie de soumission, elle ne devrait pas excéder la durée de l'offre, c'est-à-dire qu'elle doit expirer à la

61. Ce qui n'empêche pas qu'une garantie de soumission puisse être fournie indépendamment du type de soumission car les règles de la C.C.I. n'ont pas valeur de loi et ne s'appliquent que si les parties le veulent bien.

62. R. EDWARDS, «The Role of Bank Guarantees in International Trade», (1982) 56 *Australian Law J.*, 281, p. 282.

63. Y. POULLET, *supra*, note 37, p. 396 ; à titre d'exemple, en Arabie Séoudite, ce pourcentage est fixé par décret royal d'un à deux pour cent du marché, v. L. BECKERS, *supra*, note 14, p. 154. Au niveau du commerce national, la caution de soumission pourra couvrir la différence entre le montant de la soumission acceptée originalement et celui de l'adjudication faite par la suite, v. T. ROUSSEAU-HOULE, *supra*, note 53, p. 126.

64. F. EISEMANN, *supra*, note 30, p. 389.

65. Il s'agit de la Commission bancaire et celle des pratiques commerciales.

66. Bank Guarantees, Report submitted by the I.C.C. to the UNCITRAL, A/CN.9/37, February 6, 1970, p. 5.

date de l'adjudication du contrat⁶⁷. En pratique, toutefois, les parties conviendront que la garantie ne peut expirer que si les autres garanties prévues par le contrat sont fournies, soit la garantie de bonne exécution et celle de remboursement d'avances⁶⁸.

1.3.2. La garantie de bonne exécution

1.3.2.1. Définition

Selon la définition de la C.C.I., la garantie de bonne exécution désigne :

Un engagement pris par une banque, une compagnie d'assurances [...] (« le garant »), à la demande d'un fournisseur [...] ou d'un autre entrepreneur (« le donneur d'ordre »), ou pris sur les instructions [...] d'une autre partie habilitée à cet effet par le donneur d'ordre [...] vis-à-vis d'un acheteur ou d'un maître d'ouvrage (« le bénéficiaire »), par lequel le garant s'oblige — au cas où le donneur d'ordre n'exécuterait pas dûment un contrat passé entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire — à effectuer un versement au bénéficiaire, dans les limites d'un montant indiqué ou, si la garantie le prévoit, au choix du garant, à assurer l'exécution du contrat.⁶⁹

Dans la vie d'un contrat, c'est la garantie la plus importante tant du point de vue de la finalité qui lui est assignée que du montant qu'elle couvre⁷⁰. Elle se justifie par le fait que le maître d'ouvrage ou l'acheteur ne veut pas prendre de risques quant à la capacité du cocontractant de bien exécuter le contrat. Or, connaissant mal, pour des raisons d'éloignement, la surface financière et industrielle du soumissionnaire, surtout s'il en est à sa

67. M. DUBISSON, *supra*, note 35, p. 433; L. BECKERS, *supra*, note 14, p. 154.

68. DUBISSON, *id.*, p. 434; pour une pratique contraire voir, en Mauritanie, le cautionnement provisoire type de la Société Mauritanienne de Banque (S.M.B.) qui insère la clause suivante :

Il est entendu que la Société Mauritanienne de Banque sera libérée de son engagement dès la constitution du cautionnement définitif [l'équivalent de la garantie de bonne fin], si la Société (ou l'Établissement) est déclarée adjudicataire et dans le cas contraire dès la date d'adjudication. Dans tous les cas, passé le délai du droit d'option (3 mois) le présent engagement devient nul et de nul effet.

69. C.C.I., *supra*, note 31, article 2b); cette définition a été critiquée comme étant trop stricte puisque la réalisation de la garantie n'est pas toujours liée à un défaut d'exécution, v. Y. POULLET, *supra*, note 36, p. 33.

70. La garantie de bonne fin varie généralement entre cinq à vingt pour cent de la valeur du marché conclu, v. Y. POULLET, *supra*, note 36, p. 34. En Mauritanie, le *Cahier des clauses générales applicables aux marchés de Snim portant sur des travaux* (publication de janvier 1977) stipule à son article 4, l'obligation de remettre à Snim « une caution constituée auprès d'un établissement bancaire agréé par elle qui vaudra cautionnement définitif et retenue de garantie, à défaut de stipulations spéciales dans le cahier des charges particulières son montant est fixé à cinq pour cent du montant initial du marché [...] ».

première transaction avec celui-ci, l'offrant exigera qu'un tiers réputé solvable se porte garant du bon achèvement de l'opération. D'ailleurs, le seul fait que l'entrepreneur obtienne cette garantie d'une institution financière de premier plan⁷¹ suffit à rassurer le bénéficiaire puisque cela suppose que la banque a mené des recherches et s'est persuadée de la capacité de l'exportateur à mener à terme le contrat⁷².

La garantie de bonne fin va donc couvrir tout risque d'inexécution du contrat, y compris l'exécution défectueuse. Ainsi, dans les contrats de fourniture de biens, le défaut de livraison totale ou partielle de même que les défauts de qualité ou de performance des biens livrés sont visés⁷³. Dans le cas d'installation d'ensembles industriels ou d'usines « clé en main », le risque envisagé peut être celui de ne pas recevoir un complexe industriel prêt à fonctionner, la garantie portant alors sur une obligation de résultat⁷⁴.

Selon son libellé, la garantie de bonne fin peut être payable à première demande ou advenant l'existence de certaines conditions.

1.3.2.2. Modes de réalisation des garanties

1.3.2.2.1. La garantie payable à première demande

Comme son nom l'indique, ce type de garantie n'exige comme condition de sa réalisation qu'une simple demande du bénéficiaire à cet effet. Aussi, suffit-il que le bénéficiaire de la garantie automatique fasse une déclaration écrite ou expédiée par télex alléguant que le donneur d'ordre est en défaut, sans plus de précisions, pour que le garant s'exécute et paie l'intégralité de la somme prévue. Il ne peut être question pour le garant d'examiner le bien-fondé des allégations contenues dans ces documents. En outre, par définition même, le garant ne saurait procéder à une confrontation des documents pour s'assurer de leur conformité, la garantie à première demande ne nécessitant

71. Selon une étude du *Research Staff of the Board of Governors of the Federal Reserve Board* des États-Unis, les banques américaines ayant un capital de plus d'un billion de dollars participent pour plus de 90 % du total du crédit *standby* en termes des montants émis, v. B. WHEBLE, *supra*, note 20, p. 313.

72. L. BECKERS, *supra*, note 14, p. 155 ; cela peut s'avérer trompeur puisque, souvent, la banque accordera la garantie demandée en se basant sur la sécurité que peut offrir son client plutôt que sur sa capacité à réaliser le contrat lui-même, v. D. SCHIREFF, « Performance Guarantees : Banks increasingly nervous about on-demand bonds », *Meed* du 2 décembre 1977, p. 14.

73. GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, p. 2.

74. L. COSTET, « Les contrats de réalisation d'ensemble industriel », (1981) *D.P.C.I.*, 559, p. 562.

aucune présentation de documents. La seule condition que doit remplir le bénéficiaire est de présenter la demande de paiement dans le délai de validité stipulé dans la garantie.

Ce type de garantie ainsi décrit ne fait pas l'unanimité⁷⁵, mais il s'explique historiquement si l'on sait que les conditions de paiement sont souvent teintées d'une rigidité notoire. En effet, généralement, l'acheteur se voit obligé de souscrire un crédit documentaire irrévocable en faveur de l'exportateur. Même s'il bénéficie d'une protection partielle — les documents que doit remettre le vendeur à la banque de l'acheteur —⁷⁶, avec le changement du marché international devenu un « marché acheteur »⁷⁷, l'acheteur a commencé par exiger que des organismes financiers garants du vendeur fassent des dépôts en espèce ou en titres auprès de la banque de l'acheteur, lesquels étaient saisissables sur demande mais présentaient l'inconvénient pour le garant et son client d'une immobilisation de fonds très onéreuse⁷⁸. Or en permettant le passage de la sûreté réelle à la sûreté personnelle, la garantie avantageait ces derniers mais elle se devait aussi d'être payable sur simple demande sous peine d'introduire un déséquilibre entre les parties⁷⁹.

À l'heure actuelle, c'est la garantie à première demande qui est le plus fréquemment utilisée dans le domaine des sûretés au niveau du commerce international⁸⁰. Il semble que cette popularité des garanties à première demande s'explique par au moins trois raisons : d'abord, les contractants étrangers (les bénéficiaires) se fient plus au système bancaire qui est internationalement plus développé que le système d'assurance et avec lequel ils sont donc plus familiers. Ensuite, les compagnies d'assurance s'engagent plus volontiers à payer ou à remédier au défaut selon des conditions bien fixées ce à quoi le bénéficiaire préfère un engagement à payer sans conditions. Finalement, il appert que le droit des sûretés n'est pas bien défini dans les pays du Moyen-Orient, principaux demandeurs de ces garanties, pas plus qu'il n'y existe une industrie d'assurance fiable⁸¹.

75. Y. POULLET, *supra*, note 37, p. 393.

76. Ce sont en général un connaissance, un certificat d'inspection ou de conformité, la facture commerciale et un certificat d'assurance.

77. GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, p. 2.

78. S. VELU, « Les garanties à première demande en droit belge », in *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, p. 214; Y. POULLET, *supra*, note 44, p. 390.

79. Y. POULLET, *supra*, note 37, p. 389.

80. *Id.*, p. 393; GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, p. 14.

81. L. BECKERS, *supra*, note 14, p. 151; W.C. GRAHAM et Q.C. MATEJCEK, « The Law and Practice Relating to the Use of Letters of Credit and Performance Bonds in Securing Contractual Performance in Canada and the United States », in *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, p. 53.

1.3.2.2.2. La garantie conditionnelle ou documentaire

Ces garanties sont libellées de façon à ne pouvoir se réaliser que si des documents conformes énoncés dans la garantie sont présentés par le bénéficiaire. Elles peuvent revêtir trois formes distinctes⁸². Premièrement, la garantie peut imposer au bénéficiaire de produire une déclaration écrite à l'effet que le donneur d'ordre est en défaut tout en précisant les griefs faits au cocontractant. Deuxièmement, la garantie peut exiger pour sa réalisation que des documents émanant d'une tierce partie — expert ou autorité municipale — attestent l'inexécution ou l'exécution défectueuse de l'exportateur. Enfin, la garantie peut prévoir la production d'une sentence arbitrale ou d'un jugement défavorable au donneur d'ordre. Malgré cette diversité, les garanties conditionnelles ont un point en commun : le garant ne devra s'exécuter que si le défaut du donneur d'ordre est, sinon prouvé, du moins présumé⁸³.

Même si cela ne se vérifie pas toujours, c'est bien souvent la nature de l'obligation garantie qui fera que la garantie sera à première demande ou conditionnelle.

1.3.2.3. La nature de l'obligation garantie

1.3.2.3.1. L'obligation de faire : une pratique exclusive des compagnies d'assurance

Le *performance bond* est la forme la plus connue des garanties portant sur une obligation de faire. Originaire des États-Unis, cette activité est surtout exercée par les assureurs et sa pratique s'est étendue à travers le monde, particulièrement dans le domaine des travaux de construction⁸⁴. Elle diffère de la garantie de bonne fin sur deux points fondamentaux ; d'une part, il s'agit véritablement d'un engagement accessoire du garant qui ne peut être tenu que si le défaut de l'entrepreneur garanti est démontré. D'autre part, il n'y a pas de contrat entre la caution et le bénéficiaire, le *bond* étant signé par l'entrepreneur (*the principal*) et la compagnie d'assurance⁸⁵. En outre, le contrat de travaux publics est toujours incorporé par référence dans le contrat de cautionnement. Advenant un défaut, la compagnie d'assurance n'est tenue qu'à la même obligation que l'entrepreneur et elle se réserve alors le choix soit de prendre elle-même en main les travaux en

82. Y. POULLET, *supra*, note 37, p. 416 ; GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, p. 13.

83. EISEMANN, *supra*, note 30, p. 388.

84. GISCARD d'ESTAING, *supra*, note 42, p. 18.

85. GRAHAM et MATEJCEK, *supra*, note 81, p. 55.

souffrance pour les confier à un autre constructeur, soit d'avancer un montant d'argent pour son client débiteur pour qu'il remédie au défaut. Elle peut aussi allouer au bénéficiaire le montant maximum prévu au contrat de cautionnement⁸⁶.

Mais en vertu de la garantie portant sur une obligation de faire, seuls les dommages réellement subis par le bénéficiaire sont couverts et celui-ci ne doit pas avoir manqué à ses propres obligations⁸⁷.

Au Canada, il semble que les banques ne puissent valablement émettre de *performance bond* portant sur une obligation de faire. Certes, une telle prohibition n'est écrite nulle part dans la *Loi sur les banques*⁸⁸. C'est la jurisprudence qui, par l'interprétation donnée à l'expression « activité bancaire » de cette loi⁸⁹, a décidé que la pratique de garantir ou cautionner des obligations de faire relève de l'industrie de l'assurance et est *ultra vires* des pouvoirs d'une banque⁹⁰.

Signalons que dans le cas du *performance bond* portant sur une obligation de payer, les tribunaux canadiens avaient, par le passé, mis en doute le pouvoir des banques à délivrer des cautions⁹¹. Depuis, le législateur a remédié à cette situation en édictant la nouvelle loi bancaire, notamment par l'ajout de l'article 173(1)g). Cette disposition se lit ainsi :

Article 173(1).

Une banque peut exercer des opérations se rattachant à l'activité bancaire et notamment :

- (f) prêter de l'argent et consentir des avances sur garantie ;
- (g) sous réserve des modalités prescrites par les règlements, garantir le paiement ou le remboursement de sommes déterminées avec ou sans intérêt.⁹²

86. GRAHAM et MATEJCEK, *id.*, p. 56.

87. *Id.*

88. *Loi remaniant la législation bancaire*, S.C. 1980, C. 40.

89. *Id.*, a. 173.

90. W.C. GRAHAM, « Discussions », in *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, p. 164.

91. C'était sous l'ancien texte de loi, v. *Hatheway v. Chaplin*, (1892) 21 R.C.S. 23, p. 27; dans *Michaud v. La Banque Provinciale du Canada*, [1961] C.S. 207, l'absence du pouvoir d'émettre de telles cautions avait été affirmée par la banque défenderesse elle-même, mais la Cour n'a pas eu à se prononcer sur la question ayant conclu que le gérant de la banque avait excédé ses pouvoirs et ne pouvait donc lier celle-ci; v. aussi: G.G. SEDGWICK, « Aspects of Payment and Financing Mechanisms in the Export Trade », in *New Dimensions in International Trade Law*, Toronto, Butterworths, 1980, 83, p. 88.

92. L'article 13 de cette loi définit ce qui constitue une activité bancaire. Il en résulte que « les activités bancaires consistent essentiellement en des opérations de sommes d'argent », v. E. MARTIN, *supra*, note 53, p. 152.

Quant au règlement mentionné à l'article 173(1)g), il énonce :

une banque peut garantir le paiement ou le remboursement de sommes déterminées, avec ou sans intérêt, si la personne pour qui la banque garantit le paiement ou le remboursement doit rembourser inconditionnellement la banque pour le plein montant du paiement ou du remboursement fait par la banque.⁹³

Il appert donc que les banques canadiennes peuvent maintenant émettre des cautions (ou *performance bond*) portant sur une obligation de payer⁹⁴.

Malgré ces développements en matière de cautionnement, rien n'est changé dans le cas du *performance bond* portant sur une obligation de faire. Il s'ensuit, au Canada, que ce type de caution demeure du ressort exclusif des compagnies d'assurance, à défaut de trouver d'autres établissements financiers éligibles par la loi à cette activité et répondant aux nécessités du commerce⁹⁵. La caution portant sur une obligation de faire se rencontre fréquemment au niveau du commerce national et elle demeure peut-être la forme de sûreté qui y convient le mieux. Toutefois, sur le plan international, elle s'avère moins bien adaptée car les conditions de sa mise en jeu sont assez strictes. Aussi, étant donné les incertitudes inhérentes à ce type de sûreté, les opérateurs du commerce international, notamment les importateurs ou maîtres d'ouvrage, se tournent de plus en plus vers les garanties portant sur une obligation pécuniaire.

1.3.2.3.2. L'obligation pécuniaire et la pratique des institutions financières

La garantie contractuelle — matérialisée par une lettre de garantie ou une lettre de crédit *standby* — qui porte sur une obligation de payer est la plus utilisée au niveau du commerce international. Elle joue de façon croissante le rôle jadis dévolu à la garantie d'exécution traditionnelle (le *performance bond*)⁹⁶. L'intérêt grandissant manifesté par les importateurs-bénéficiaires pour ce type de garantie se justifie par la possibilité d'obtenir son exécution — en fait, le paiement — sans délai. Cela est rendu possible par la clarté et la concision de la formulation de la garantie qui contraste

93. *Règlement prescrivant les modalités de garanties offertes par une banque*, DORS/82-114 du 15 janvier 1982, Gazette du Canada, partie II, vol. 116, n. 2 du 21 janvier 1982.

94. W.C. GRAHAM, « Letter of Credit Basic Considerations », (1982) *Meredith Lect.* 104, p. 117 qui y affirme même que les banques ont désormais le pouvoir d'émettre des cautions sous une forme autre qu'une lettre de crédit normalisée.

95. E. MARTIN, *supra*, note 53, p. 153.

96. GISCARD d'ESTAING, *supra*, note 42, p. 18.

avec les nombreux avenants et clauses typiques des contrats d'assurance passés lors de l'émission de la garantie portant sur une obligation de faire⁹⁷.

L'attrait des garanties contractuelles se manifeste même dans les limites du marché national où la lettre de garantie et la lettre de crédit *standby* sont parfois utilisées, surtout dans le domaine de l'industrie de la construction⁹⁸ et des travaux publics exécutés pour le compte des autorités publiques⁹⁹.

Si les garanties payables conditionnellement peuvent être délivrées par une banque ou une compagnie d'assurance, seules les banques émettent des garanties payables à première demande. Cette situation s'explique à la fois par la nature même des fonctions des deux institutions et par un choix délibéré vis-à-vis de l'opération de garantie :

Alors que les banques défendent le point de vue qu'une garantie donnée par elles doit valoir de l'argent comptant et veulent éviter des difficultés procédurales sur l'existence de leurs obligations, à l'inverse, les compagnies d'assurances défendent le point de vue qu'en cas de doute, il vaut mieux se laisser assigner et, dans un cas litigieux, rechercher par tous les moyens contractuels, une diminution de leurs responsabilités.¹⁰⁰

Les compagnies d'assurance se sont abstenues jusqu'ici d'émettre des garanties à première demande jugeant que ce type particulier de transactions ne relève pas de leur activité commerciale¹⁰¹. Elles considèrent ces dernières comme peu sûres d'un point de vue tant commercial que politique. À la différence des compagnies d'assurance pour lesquelles les garanties automatiques peuvent entraîner de graves problèmes de liquidité, ce à quoi elles sont peu ou pas préparées¹⁰², les banques préfèrent ce type d'engagement qui leur évite toute dispute contractuelle pouvant porter sur des questions pour lesquelles elles n'ont pas l'expertise nécessaire. En effet, contrairement aux compagnies d'assurance, les banques n'ont pas l'habitude de couvrir des risques techniques inhérents au commerce international¹⁰³.

Outre cette différence fonctionnelle, notons que les assureurs européens sont peu enclins à délivrer des garanties (*bonds*) dans les transactions internationales contrairement à leurs collègues américains et britanniques¹⁰⁴.

97. J.D. BECKER, *supra*, note 43, p. 399.

98. Tel serait le cas au Canada, v. GRAHAM et MATEJCEK, *supra*, note 81, p. 63.

99. C'est le cas en France, v. le *Code français des marchés publics*, articles 125, 131 et 144.

100. E. SCHINNERER, *Neue Wege Fur Regelung der Bankgarantie*, cité par Y. POULLET, *supra*, note 36, p. 14.

101. Meed du 2 décembre 1977, p. 14 (opinion du directeur de la *General Surety and Guarantee Company*).

102. K.P. WILLIAMS, « On Demand and Conditional Performance Bonds », (1981) *The J. of Bus L.*, 10.

103. GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, p. 4.

104. Y. POULLET, *supra*, note 36, p. 14.

Les lettres de crédit étant matérialisées par des traites bancaires — car il s'agit d'un moyen de paiement — il s'ensuit que celles-là ne peuvent être émises que par une banque à charte fédérale ou un membre de l'Association canadienne des paiements¹⁰⁵.

La situation devrait être différente dans le cas de la lettre de crédit *standby* puisqu'il s'agit alors d'une sûreté dont le support n'a pas à être une traite¹⁰⁶. La garantie contractuelle pourrait donc, en principe, être émise par d'autres institutions financières telles les compagnies de fiducie ou d'assurance.

Comparativement à la pratique de la garantie de bonne fin, la garantie en restitution d'acomptes semble poser moins de problèmes.

1.3.3. Les garanties de remboursement d'avances

Selon la définition donnée par la C.C.I., la garantie de remboursement d'acomptes¹⁰⁷ désigne un engagement

par lequel le garant s'oblige — au cas où le donneur d'ordre omettrait de rembourser [...] toute somme avancée ou payée par le bénéficiaire au donneur d'ordre et non remboursée par ailleurs — à effectuer un versement dans les limites d'un montant indiqué.¹⁰⁸

Dès l'adjudication du contrat, il est fréquent que l'importateur ou maître d'ouvrage mette à la disposition de son cocontractant une avance en espèces¹⁰⁹ dont le but est de permettre à l'entrepreneur de faire face aux premières dépenses occasionnées par le contrat, tels l'achat d'équipement, les frais généraux et les coûts d'organisation. Il semble que cette avance soit substantielle au cas où le projet est à contenu hautement technologique et de moindre importance dans le cas contraire¹¹⁰.

105. *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1970, chap. B-5, a. 165, amendé par S.C. 1980, C. 40, a. 92.

106. Selon le professeur W.C. GRAHAM. Propos tenus lors du Premier Congrès annuel de la Société québécoise de droit international tenu à l'Université Laval les 17 et 18 mai 1984.

107. Aussi dites de restitution d'acomptes ou de reversement d'avances, en anglais *repayment guarantees*.

108. C.C.I., *supra*, note 31, article 2 c).

109. Il peut arriver que l'avance de paiement consiste en la livraison de matériel d'équipement acheté par le maître d'ouvrage. C'est le cas pour certains projets hydro-électriques en Amérique du Sud, auquel cas la garantie en sera une *d'équipement bond*, v. L. BECKERS, *supra*, note 14, p. 158.

110. *Id.* Cette pratique ne se vérifie pas en Mauritanie, du moins dans le cas de la Snim. Le pourcentage de l'avance y est en réalité fonction des termes de paiement ; le premier terme, exigible au moment de la passation de la commande ou de la notification du contrat, étant considéré comme une avance, v. les Marchés Snim G025, G074 et G076.

Le propriétaire ou maître d'ouvrage songera alors tout naturellement à obtenir une garantie pour ces acomptes dont le remboursement devient très aléatoire en cas d'inexécution du contrat¹¹¹. Le montant de la garantie dépendra, à l'instar des autres types de garanties, du rapport de marchandage des parties. Toutefois, une enquête menée par la C.C.I. fait voir que cette garantie couvre habituellement l'intégralité des sommes avancées¹¹².

1.4. Avantages et inconvénients des garanties contractuelles

1.4.1. Pour le bénéficiaire

Les garanties contractuelles semblent ne présenter que des avantages pour leur bénéficiaire. Grâce à elles, il se prémunit contre trois types de risques inhérents à une opération internationale : risques commerciaux, juridiques et politiques.

En obtenant l'engagement d'une institution financière fiable, le bénéficiaire est assuré de recevoir les sommes qui lui sont dues « même si le donneur d'ordre ne les règle pas, qu'il s'y refuse ou en soit incapable. »¹¹³ Il se trouve ainsi immunisé contre l'éventualité d'une faute contractuelle du donneur d'ordre voire contre sa mauvaise foi¹¹⁴.

Outre le risque commercial, la garantie permet à son bénéficiaire de s'assurer contre les aléas juridiques et économiques indissociables de ce genre de transactions. Ces aléas sont de deux catégories, soit les risques de jugement et ceux de l'exécution du jugement¹¹⁵. En effet, la position du demandeur dans un litige international est inconfortable. Il doit non seulement faire face aux questions de procédure des tribunaux étrangers, parfois tatillonnes, mais aussi se présenter devant des Cours qui peuvent lui être peu sympathiques. Cette étape franchie, il faudra trouver une juridiction disposée à faire exécuter le jugement, sans oublier que le débiteur peut devenir insolvable. La garantie contractuelle permet de surmonter ces deux écueils en facilitant la preuve dans le cas d'une garantie documentaire puisqu'il est plus facile de produire des documents conformes *prima facie* que de prouver la survenance de tel fait matériel. Mais c'est surtout la garantie à première demande qui offre le plus de protection puisque le bénéficiaire n'aura même pas à justifier du bien-fondé de ses allégations.

111. EISEMANN, *supra*, note 30, p. 380.

112. UNCITRAL, *supra*, note 66, p. 7.

113. C.C.I., *supra*, note 31, p. 7.

114. VAN LIER, *supra*, note 36, p. 346.

115. R.J. DRISCOLL, « The Role of Standby Letters of Credit in International Commerce: Reflections after Iran », (1980) 20 *Virg. J. of Internat. Law*, 459, p. 473 et s.

Quant au risque d'inexécution du jugement pour cause d'insolvabilité du débiteur, il se trouve aussi éliminé par le choix d'une banque de premier ordre.

Finalement, la garantie protège le bénéficiaire contre les risques politiques liés au contrat de base. On pense ici aux tentatives du pouvoir public d'empêcher ou retarder le recouvrement des prestations dues ou aux embargos qui peuvent affecter des livraisons et qui, autrement, auraient pu être un cas de force majeure exonérant le débiteur ¹¹⁶.

Le seul inconvénient des garanties, en particulier celles payables à première demande, est que le donneur d'ordre, devant payer au garant des frais supérieurs à ceux normalement exigés pour les autres types de sûretés personnelles, cherchera à faire supporter indirectement ses déboursés au bénéficiaire ce qui renchérirait la transaction de base ¹¹⁷.

1.4.2. Pour le donneur d'ordre

Ayant déjà affirmé que les garanties contractuelles, surtout celles à première demande sont tout à l'avantage du bénéficiaire, l'on serait tenté de dire que, par corollaire, elles ne présentent que des inconvénients pour celui qui les donne. Une telle déduction serait pourtant inexacte sur bien des points.

En effet, mentionnons comme avantages que la fourniture d'une garantie constitue souvent une condition pour emporter le marché, les soumissions et autres exigences étant égales, par ailleurs ¹¹⁸. Aussi, l'octroi de garanties dissipe la méfiance du bénéficiaire ce qui permet au donneur d'ordre d'être payé en partie plus tôt qu'autrement ¹¹⁹. De plus, le donneur d'ordre paie une faible prime pour l'obtention de la garantie puisque l'indépendance de celle-ci du contrat de base fait que la banque ne sera pas tenue de se livrer à un travail d'investigation coûteux pour s'assurer de l'exactitude des faits allégués ¹²⁰, pas plus qu'il n'y a d'immobilisation de fonds que la banque chargerait alors. Même que l'argent spécifié dans la demande d'octroi de garantie pourra être utilisé par le donneur d'ordre tant que la garantie n'aura pas été honorée ¹²¹.

116. VAN LIER, *supra*, note 36, p. 347.

117. *Id.* ; il semble que ceci ne soit pas toujours le cas vu la concurrence effrénée que se livrent les exportateurs sur le marché international.

118. *Id.*

119. K.G. WHITE, *supra*, note 30, p. 122 ; R. DRISCOLL, *supra*, note 115, p. 462.

120. La prime varie de un à un point et demi pourcent alors que les compagnies d'assurance chargent quinze pour cent environ. SCHIREFF, *supra*, note 72, p. 14.

121. Ce serait du moins la pratique aux U.S.A. : DRISCOLL, *supra*, note 115, p. 496.

À ces bienfaits de la garantie contractuelle, correspondent des inconvénients de taille pour le donneur d'ordre. En effet, ce que veut celui-ci c'est avant tout de :

ne pas être obligé de payer au titre de la garantie s'il a fait face à ses obligations résultant de sa soumission ou si, s'étant vu adjuger le marché, il l'a exécuté selon ses termes.¹²²

Or tel n'est pas toujours le cas. En effet, il peut y avoir appel de la garantie automatique alors que l'exportateur pense qu'il a correctement exécuté son obligation. De même, le bénéficiaire pourrait demander le paiement de la garantie alors que l'opération de base devrait être résiliée par sa faute. D'autre part, le donneur d'ordre ne peut se libérer pour cause étrangère ou cas de force majeure car de tels arguments sont étrangers à la relation garant-bénéficiaire¹²³. Autre inconvénient, le donneur d'ordre s'engage règle générale, à son tour, à rembourser la banque à première demande¹²⁴, celle-ci pouvant même se faire justice à même le compte de son client, ne l'avisant qu'après coup¹²⁵. Il reste que l'appel abusif de la garantie ne se produit pas tous les jours, les opérateurs du commerce international étant, en général, plus intéressés par des relations lucratives suivies que par un gain ponctuel non mérité.

1.4.3. Pour le garant

S'il s'agit d'une banque, la garantie contractuelle lui permet d'étendre son activité à un domaine jusque-là réservé à l'industrie de l'assurance, tout en évitant les aléas¹²⁶. C'est ainsi que la garantie lui permet de rester en dehors de tout litige qui peut survenir au sujet de la transaction de base¹²⁷. Elle limite ainsi les risques soit d'avoir à payer par erreur le bénéficiaire, ce qui peut entraîner le refus de son client de la rembourser, soit de refuser de payer, ce qui nuirait à sa réputation.

Un inconvénient majeur pour le garant est d'avoir à se retourner, pour son remboursement, contre un donneur d'ordre devenu insolvable. Le risque d'une telle faillite s'accroît d'autant plus que certaines sociétés gouvernementales bénéficiaires de la garantie seront tentées de saisir le matériel

122. C.C.I., *supra*, note 31, p. 7.

123. VAN LIER, *supra*, note 36, p. 347.

124. Au Canada cela est rendu obligatoire par la loi : *supra*, note 93.

125. Y. POULLET, *supra*, note 36, p. 13.

126. Mais il y a un risque si, dans le domaine de la construction, la garantie est libellée comme un cautionnement, car ce domaine est peu familier aux banques : E.P. FOLDESSY, « Bank Plunge Into Performance Bonding of Overseas Projects, Spurring Concern », *The Wall Street Journal*, June 15, 1978, p. 10.

127. C.C.I., *supra*, note 31, p. 8.

d'équipement de leur cocontractant dès la naissance du moindre litige¹²⁸. Pour faire face à ce problème, le garant peut, lors de la demande d'octroi de la garantie, exiger la constitution d'une sûreté suffisante. Mais il importe surtout, en particulier, dans le domaine de contrats à haut contenu technologique, que la banque s'assure de la capacité industrielle de son client-donneur d'ordre à mener à bien un tel projet¹²⁹.

2. Nature juridique et validité des garanties contractuelles

2.1. Comparaison avec des institutions juridiques voisines

Dans leur effort pour préciser la nature juridique des garanties contractuelles, les auteurs ont fait le rapprochement de celles-ci avec des institutions juridiques triangulaires mieux connues.

2.1.1. La promesse de porte-fort

La promesse de porte-fort peut être définie comme :

l'acte par lequel une partie promet à son cocontractant qu'un tiers s'engagera en sa faveur.¹³⁰

En plus d'être une opération impliquant trois personnes, la promesse de porte-fort s'apparente à la garantie contractuelle en ce qu'elle constitue une obligation autonome, c'est-à-dire que le promettant s'engage à titre principal¹³¹. Ceci s'explique par le fait que c'est de son propre chef que le porte-fort s'engage à ce que le tiers ratifie le contrat sans en avoir reçu l'approbation au préalable¹³².

Malgré ces similitudes, la garantie contractuelle se distingue de la promesse de porte-fort en ce que le garant ne s'engage que suite à la demande expresse du donneur d'ordre, contrairement à ce qui se passe entre le promettant et le tiers dans le cas de la promesse de porte-fort¹³³.

128. E.L. SYMONS, « Letters of Credit : Fraud, Good Faith and the Basis for Injunctive Relief », (1980) 54 *Tulane L. Rev.*, 338, p. 352.

129. SCHIREFF, *supra*, note 72 ; en comparaison, les assureurs sont plus exigeants car préalablement à l'acceptation du risque, ils vont s'assurer que le requérant remplit trois conditions : la compétence professionnelle pour le type de travaux envisagés, un personnel et un équipement adéquats ; un bilan attestant la qualité de la gestion du requérant, v. G.P., « Introduction à l'étude de l'assurance cautionnement », (1982) 49 *Assurances*, 352, p. 355.

130. J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, Cowansville, Éd. Yvon Blais Inc., 1983, p. 241.

131. *Id.*, p. 242.

132. J. PINEAU, *Théorie des obligations*, Montréal, Éditions Thémis Inc., 1979, p. 170.

133. Cette situation explique que le promettant n'a pas de recours contre le tiers qui a refusé de

D'autre part, le contenu de l'engagement du garant, dans la garantie contractuelle, diffère de celui du porte-fort, dans la stipulation pour autrui. En effet, en droit civil québécois le porte-fort ne promet que d'obtenir la ratification du contrat par autrui, c'est-à-dire son engagement, et non l'exécution par ce tiers de l'obligation envisagée¹³⁴. C'est tout l'inverse qui a lieu dans le cas de la garantie contractuelle, notamment la garantie de bonne fin, où le garant s'engage à ce que le contrat soit exécuté correctement par le donneur d'ordre.

2.1.2. La délégation imparfaite¹³⁵

La garantie contractuelle a pu être considérée par certains comme une délégation imparfaite en vertu de laquelle le donneur d'ordre déléguerait son obligation en tout ou en partie au garant, tout en demeurant responsable avec celui-ci¹³⁶.

Deux facteurs militent, en effet, pour le rapprochement de ces deux institutions juridiques soit le caractère autonome de l'engagement tant dans le cas du délégué que du garant et son corollaire, à savoir l'inopposabilité totale ou partielle à l'égard du délégataire ou du bénéficiaire, des exceptions dérivées du rapport délégué-délégant ou encore des liens entre le délégant et le délégataire.

Sur le degré d'autonomie de l'obligation du délégué à l'égard du délégataire, il y a une controverse. Certes, il est unanimement admis que le délégué ne peut opposer au délégataire des moyens de défense puisés dans la relation délégant-délégué¹³⁷. Par contre, des auteurs pensent que l'inopposabilité des exceptions doit s'étendre aussi aux rapports entre le délégant et le délégataire alors que d'autres sont d'avis que les moyens de défense que peut invoquer le délégant à l'encontre du délégataire doivent rester ouverts au délégué¹³⁸. C'est cette dernière opinion qui est conforme au droit positif

s'engager (BAUDOUIN, *supra*, note 130, p. 242), à l'opposé de ce qui se passe dans le cas de la garantie.

134. BAUDOUIN, *supra*, note 130, p. 241 et 242; PINEAU, *supra*, note 132, p. 171; même chose en France, v. GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, p. 9.

135. Prévue à l'art. 1173 C.C.

136. *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, p. 393; cela exclut la délégation parfaite laquelle implique novation par changement de débiteur (art. 1173 C.C.) vu que la garantie contractuelle fait naître un lien de droit additionnel et autonome qui procure au bénéficiaire deux débiteurs, v. VAN LIER, *supra*, note 36, p. 349.

137. BAUDOUIN, *supra*, note 130, p. 488; GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, p. 8 et doctrine y citée.

138. VAN LIER, *supra*, note 36, p. 349; pour GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, p. 9, le délégué ne peut refuser d'exécuter son engagement pour raison d'extinction voire de nullité de l'obligation liant le délégant au délégataire.

québécois puisqu'aux termes de l'article 1180 C.C. — qui n'a pas son équivalent en droit français — le délégué peut opposer avantageusement au délégataire l'inexistence de la dette du délégant lors de la formation de la délégation¹³⁹. Cela nous semble suffisant pour distinguer la délégation de la garantie contractuelle puisque celle-ci est accordée précisément à un moment assez avancé dans les rapports donneur d'ordre-bénéficiaire pour qu'on puisse parler de l'existence de la dette du premier envers le second et sans pour autant que cela puisse être invoqué par le garant comme moyen de défense¹⁴⁰.

2.1.3. L'assurance souscrite au bénéfice d'un tiers

Il est possible de faire un parallèle entre l'assurance souscrite en faveur d'un tiers et la garantie contractuelle¹⁴¹. En premier lieu, il y a lieu de noter que les assureurs pouvant théoriquement délivrer des garanties, l'émetteur peut être identique dans les deux cas. Aussi, le but de l'assurance et de la garantie est le même puisqu'il s'agit dans les deux hypothèses de faire intervenir un tiers dont la solvabilité est reconnue pour couvrir les risques de l'inexécution de la prestation incombant à l'exportateur en vertu du contrat de base¹⁴². Finalement, l'assurance, à l'instar de la garantie, n'est pas un contrat accessoire¹⁴³ et le bénéficiaire d'une assurance dispose d'un droit direct contre l'assureur¹⁴⁴, tout comme le bénéficiaire à l'égard du garant.

Mais là s'arrête tout point de comparaison. En effet, les compagnies d'assurance se réservent généralement la faculté de différer et même rejeter tout paiement ou autre exécution de leur obligation advenant un litige entre les deux parties à la transaction commerciale de base¹⁴⁵. Autre différence de taille : dans le cas d'une assurance souscrite au bénéfice d'un tiers, l'engagement de l'assureur tombe si le souscripteur ne s'acquitte pas des primes convenues lors de la signature du contrat d'assurance. Aussi, si le souscripteur manque à ses obligations à l'égard de l'assureur, ce dernier se trouve libéré

139. BAUDOUIN, *supra*, note 130 ; notons que le *Projet de Code civil*, vol. 1, Éditeur officiel du Québec, 1978, Livre V, Titre IV, art. 230 soumet désormais la délégation aux règles de la stipulation pour autrui et selon les *Commentaires*, volume II, tome 2, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. 667, le délégué pourra opposer au délégataire les exceptions qu'il pouvait faire valoir contre le délégant et qu'il ignorait lors de la conclusion de la délégation.

140. Et même par la suite, la garantie pourra être réalisée sans la preuve de l'existence d'une dette certaine du donneur d'ordre.

141. Cette section s'inspire de l'article de M. EISEMANN, *supra*, note 30.

142. VAN LIER, *supra*, note 36, p. 349.

143. *Id.*

144. EISEMANN, *supra*, note 30, p. 348.

145. VAN LIER, *supra*, note 36, p. 349.

vis-à-vis du bénéficiaire, le contrat étant résolu sans autre formalité. Or, c'est tout le contraire qui prévaut dans le cas du contrat de garantie :

Il ne fait aucun doute qu'en matière de « garanties contractuelles », cela [la résolution du contrat d'assurances suite au non-paiement des primes par le stipulant] serait impraticable. Le bénéficiaire se trouverait placé à la merci du donneur d'ordre et la garantie cesserait le plus souvent de produire des effets dans l'hypothèse qui a, en grande partie, justifié sa constitution, à savoir l'insolvabilité du donneur d'ordre.¹⁴⁶

Aussi, malgré la possibilité que le garant soit le même dans les deux cas, les garanties contractuelles délivrées par les assureurs diffèrent intrinsèquement du contrat d'assurance habituel en ce qu'elles sont un engagement irrévocable et indépendant des relations existant entre l'assureur et le donneur d'ordre.

2.1.4. Le cautionnement

Le cautionnement, contrat ¹⁴⁷ par lequel la caution s'engage, à l'égard du créancier, à bien exécuter l'obligation du débiteur, au cas où celui-ci serait en défaut, est aisément rapprochable de la garantie contractuelle. D'ailleurs, jusqu'à récemment, notamment en droit français, la jurisprudence ne faisait pas de distinction entre les deux institutions puisqu'elle ramenait la garantie contractuelle à un type particulier de cautionnement ¹⁴⁸.

Voyons d'abord les points communs aux deux figures juridiques. Le contrat de cautionnement ne se forme qu'entre la caution et le créancier ¹⁴⁹ même s'il présuppose l'existence d'une obligation principale, ce qui rappelle la situation dans le cas de la garantie contractuelle. Il en découle que les moyens de défense puisés dans la relation caution-débiteur principal ne valent pas à l'encontre du créancier, bénéficiaire du cautionnement ¹⁵⁰. C'est ce qui explique que le cautionnement ait pu être qualifié *d'abstrait* — tout comme la garantie — l'engagement de la caution vis-à-vis le bénéficiaire

146. EISEMANN, *supra*, note 30, p. 384.

147. C'est à tort que l'article 1929 C.C. parle d'un « acte » et le *Projet de Code civil*, volume I, Éditeur officiel du Québec, 1978, apporte une correction à cela en énonçant à l'article 842, Livre V, Titre VII : « Le cautionnement est un contrat par lequel une personne, appelée caution, s'oblige envers un créancier à exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas. »

148. EISEMANN, *supra*, note 30, p. 382 ; VAN LIER, *supra*, note 36, p. 349.

149. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 8, Montréal, Wilson et Lafleur, 1909, p. 338.

150. Même les exceptions tirées du rapport créancier-débiteur ne sont pas toutes ouvertes à la caution ; il doit s'agir d'exceptions inhérentes à la dette selon l'art. 1958 C.C. ; aussi MIGNAULT, *supra*, note 149, p. 339.

étant isolé de sa cause ¹⁵¹. Autre argument extra-juridique, que le bénéficiaire procède par le biais du cautionnement ou de la garantie, le but économique qu'il poursuit est le même : *substituer* à un éventuel débiteur peu sûr ou inconnu de lui, un organisme financier plus fiable ¹⁵².

Mais ce qui tend à unir ces deux opérations ne résiste pas à ce qui les différencie. En effet, une différence fondamentale entre les deux institutions réside dans le fait que le cautionnement a forcément un caractère accessoire à l'obligation principale ¹⁵³. Aussi le créancier ne peut poursuivre la caution que si le débiteur principal n'exécute pas correctement ses obligations. De plus, si le cautionnement est simple la caution pourra opposer au créancier le bénéfice de discussion et même de division s'il existe plusieurs cautions. Cette solution est inimaginable dans le cas de la garantie où le bénéficiaire n'a à prouver ni l'existence d'une obligation du donneur d'ordre, ni, *a fortiori*, l'insolvabilité de ce dernier. Une autre différence réside dans l'objet même de l'obligation. Alors que la caution s'engage à la même prestation que le débiteur principal, le garant assure l'avènement d'un résultat et ne s'engage donc pas à remplir l'obligation du donneur d'ordre ¹⁵⁴.

Enfin, le caractère accessoire du cautionnement entraîne plusieurs conséquences qui éloignent le cautionnement de la garantie. D'abord, la caution ne peut s'engager à des conditions plus onéreuses que celles du débiteur principal ¹⁵⁵. Ainsi, la caution ne saurait être tenue purement et simplement si le débiteur s'était engagé conditionnellement, contrairement à la garantie qui est un engagement principal et où rien n'empêche que le garant s'oblige plus lourdement que le donneur d'ordre.

Ensuite, au niveau des moyens de défense, les exceptions propres au lien contractuel qui existe entre le débiteur principal et le créancier sont opposables par la caution au créancier alors que le garant ne peut soulever, en principe, que les exceptions tirées du contrat de la garantie ¹⁵⁶.

Une ultime différence peut être décelée dans le contenu même de l'obligation puisque si le garant peut assumer une obligation de faire, — notamment s'il s'agit d'un assureur — ¹⁵⁷,

151. GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, p. 8 ; VAN LIER, *supra*, note 36, p. 348.

152. VAN LIER, *id.*, p. 349 ; EISEMANN, *supra*, note 30, p. 382.

153. C. BEAUDANT, *Cours de droit civil français*, t. 13, 2^e éd., Paris, Rousseau et Cie, 1948, p. 88.

154. *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, p. 326-327 ; EISEMANN, *supra*, note 30, p. 382.

155. Art. 1933 C.C.

156. S. VELU, *supra*, note 78, p. 218 ; VAN LIER, *supra*, note 36, p. 348.

157. *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, p. 218 ; VAN LIER, *supra*, note 36, p. 349.

la caution d'une obligation de faire ne l'oblige pas à exécuter ce que le débiteur principal a promis, mais elle garantit les dommages-intérêts que pourra devoir le débiteur au cas d'inexécution.¹⁵⁸

2.1.5. Le billet

La garantie à première demande a été jugée comme étant « virtuellement » un billet¹⁵⁹. Deux facteurs justifient ce parallèle : la promesse inconditionnelle de payer couplée à l'autonomie de l'engagement du garant ou du souscripteur d'une part, et la formulation lapidaire de certaines garanties automatiques d'autre part¹⁶⁰. Cette similitude entre les deux institutions est reconnue également par les auteurs français pour lesquels le garant est dans une position identique à celle du tiré accepteur d'une lettre de change¹⁶¹.

Toutefois, au Canada, il ne nous semble pas possible d'identifier une garantie payable à première demande, si laconique soit-elle¹⁶², à un billet (*promissory note*). Une première raison à cela est que la garantie contractuelle ne peut être négociée, c'est-à-dire transférée à un tiers par endossement et délivrance ou par simple délivrance par son bénéficiaire. D'ailleurs, une certaine opinion veut que la garantie contractuelle soit, en principe, consentie *intuitu personae*¹⁶³. Autre obstacle majeur à l'assimilation de ces deux opérations, aux termes de la *Loi sur les lettres de change*, un billet doit nécessairement porter sur une somme déterminée ou susceptible de l'être à la lecture du document¹⁶⁴. Or tel n'est pas le cas pour la garantie à première demande qui n'indique généralement pas de montant précis. En voici la raison selon M. Van Lier :

Pour la garantie de bonne fin, le montant susceptible d'être exigé par le bénéficiaire sera fonction de la nature et de l'ampleur des manquements invoqués par ce dernier, sous réserve des garanties prévoyant des plafonds.

158. ROCH et PARÉ, *Traité de droit civil du Québec*, t. 13, Montréal, Wilson & Lafleur, 1952, p. 591; *Hôpital Lavallée Ltée c. Roberge*, [1942] C.S. 166.

159. *Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd. and Umma Bank*, (1978) 1 Lloyd's Rep., 166, opinions des juges Lord Denning, p. 171 et Lane, p. 174.

160. VAN LIER, *supra*, note 36, p. 350.

161. M. VASSEUR, « Rapport de synthèse », in *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, 319, p. 332.

162. C'est le cas où elle ne mentionnerait, en sus de la promesse inconditionnelle de payer, que le nom du bénéficiaire et le lieu où le paiement doit être effectué.

163. M. BELLIS et Y. POULLET, « Émergence de la sûreté personnelle non accessoire », in *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, 153, p. 155.

164. S.R.C. 1970, chap. B-5, art. 176(1); *MacLeod Savings and Credit Union Ltd. et Perrett*, (1981) 1 R.C.S. 78, pp. 82 et 83; *Bank of Montreal v. A.C.M. Investments Ltd. et al.*, (1982) 136 D.L.R. (3d) 181, p. 183 (Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan).

Dans cette hypothèse, le montant ne peut faire l'objet d'une évaluation lors de la délivrance de la garantie et ne saurait donc figurer dans le texte de celle-ci.¹⁶⁵

2.1.6. Le crédit documentaire irrévocable

C'est au crédit documentaire irrévocable que l'on songe tout naturellement devant la problématique posée par les garanties contractuelles, notamment celles délivrées par les banques. Dans les deux cas, nous avons deux institutions nées des besoins du commerce international et qui réunissent les mêmes parties soit un donneur d'ordre, un banquier et un bénéficiaire auxquels s'ajoute quelquefois une banque intermédiaire¹⁶⁶. De même, l'engagement du banquier dans les deux opérations se caractérise doublement par son aspect autonome et abstrait¹⁶⁷. Il en découle une identité de régime juridique que n'ont pas tardé à relever tribunaux et auteurs, le banquier garant, à l'instar de celui qui a accordé une ligne de crédit documentaire irrévocable, ne pouvant se délier de son engagement pour des motifs afférents aux rapports donneur d'ordre-bénéficiaire ni *a fortiori* en invoquant des moyens de défense puisés dans son propre lien contractuel avec le donneur d'ordre¹⁶⁸. Aussi, s'agissant de la nature de l'opération, la garantie émise par une banque et le crédit documentaire sont tous deux des crédits par signature mis au service de sa clientèle par la banque¹⁶⁹. Un dernier point commun subsiste à l'étape de la réalisation : à la fois le crédit documentaire et la garantie contractuelle — tout au moins la garantie documentaire — exigent, pour leur exécution, la production de documents. Il est vrai que dans le premier cas ceux-ci attestent que les obligations contractuelles du bénéficiaire ont été remplies alors que pour le second cas ces documents visent à établir le manquement éventuel du donneur d'ordre.

Toutefois, cette quasi-identité de régime des deux institutions n'a pas suffi à désarmer les opposants à une complète assimilation de la garantie

165. VAN LIER, *supra*, note 36, p. 350 ; cela ne reflète toutefois pas la pratique car dans tous les cas qu'il nous a été donné de voir, l'appel de la garantie portait sur le montant maximum prévu ; aussi : *East Girard Sav. Ass'n v. Citizens Nat'l Bank & Trust Co. of Baytown*, 593, F. 2d 598 (5th cir. 1979), cité dans J. BECKER, *supra*, note 43, p. 340 qui a jugé que le bénéficiaire a droit au paiement du montant intégral de la garantie indépendamment des dommages qu'il a réellement subis.

166. C. BONTOUX, « Les garanties bancaires dans le commerce international », (1982) *Banque*, 171.

167. S. VELU, *supra*, note 78, p. 221.

168. *Howe Richardson Scale Co. Ltd. v. Polimex — Cekop and National Westminster Bank Ltd.*, [1978] 1 Lloyd's Rep., 161, p. 165 ; re *Owen*, *supra*, note 159, p. 171 ; C.M. SCHMITTHOFF, *supra*, note 15, p. 83 ; M. VASSEUR, *supra*, note 161, p. 326.

169. C. BONTOUX, *supra*, note 166, p. 172.

bancaire au crédit documentaire. Ainsi fait-on ressortir le caractère complémentaire, du point de vue économique, des deux opérations. Par les rôles économiques distincts qu'elle joue, la garantie introduit un équilibre dans les rapports existant entre les parties au contrat de base que le crédit documentaire avait compromis et ce, au désavantage de l'importateur¹⁷⁰. Une autre différence réside dans le fait que le crédit documentaire est avant tout une technique de paiement alors que la garantie vise à assurer le respect des prestations incombant au fournisseur¹⁷¹. Finalement, la garantie à première demande, la plus répandue, n'est pas subordonnée à la production de documents, contrairement au crédit documentaire dont c'est un attribut essentiel¹⁷².

2.2. Nature juridique des garanties contractuelles

2.2.1. Une institution *sui generis*

Nous avons vu que la garantie contractuelle a de nombreux points communs avec des institutions juridiques connues mais aussi des spécificités qui la distinguent de celles-ci. De ces figures envisagées, c'est le cautionnement et le crédit documentaire qui se prêtent le mieux à la comparaison. Toutefois, la garantie contractuelle, particulièrement celle payable à première demande, ne peut être analysée comme un cautionnement de type particulier où la caution renoncerait aux exceptions découlant de la transaction de base. Ceci pour deux raisons : d'abord, cette inopposabilité pourrait être tacite dans bien des cas¹⁷³, mais surtout cela serait illégal puisque le caractère accessoire du cautionnement ne peut être écarté par les parties¹⁷⁴.

Quant au rapprochement avec le crédit documentaire, même si en plus de sa vocation première de technique de paiement, celui-ci peut servir à garantir la réalisation des prestations dues par le donneur d'ordre, son aspect foncièrement documentaire pourrait le distinguer de la garantie¹⁷⁵. C'est pour cela qu'il nous semble justifié d'envisager la garantie contractuelle

170. Songeons ici à l'acheteur qui, ayant ouvert un crédit documentaire, devait supporter bien des aléas puisque la banque était tenue de payer sur la foi de documents sans avoir inspecté elle-même les marchandises, v. EISEMANN, *supra*, note 30, p. 394 ; X.T. de MARSAC, « Le paiement et ses garanties dans la vente internationale de biens mobiliers corporels », (1980) 6 *D.P.C.I.*, 149.

171. MARSAC, *id.*, p. 154 ; VASSEUR, *supra*, note 161, p. 326.

172. VASSEUR, *id.*

173. VAN LIER, *supra*, note 36, p. 349.

174. *Id.* ; GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, p. 9.

175. VASSEUR, *supra*, note 161, p. 326.

comme une institution *sui generis* engendrée par la pratique du commerce international¹⁷⁶. Mais, comme le note avec pertinence un auteur, qualifier ainsi les garanties contractuelles,

C'est mettre en relief leur originalité et leur nouveauté mais ce n'est guère contribuer à préciser leur nature juridique.¹⁷⁷

C'est cette dernière tâche que nous aborderons dans les sections qui suivent en exposant la double controverse relative aux questions de savoir s'il s'agit d'un acte unilatéral ou d'un contrat unilatéral et si la garantie est véritablement une obligation abstraite.

2.2.2. La garantie est-elle un engagement unilatéral ou un contrat ?

2.2.2.1. Un acte unilatéral ?

L'acte unilatéral, dont l'exemple type est le testament, pour être efficace juridiquement, ne requiert que la volonté d'une seule personne, celle qui s'oblige¹⁷⁸. Théoriquement, en droit civil québécois et français, on n'admet pas qu'on puisse être tenu par son engagement unilatéral¹⁷⁹. Or la garantie contractuelle a pu être analysée comme un engagement unilatéral, en particulier par la doctrine belge¹⁸⁰. Selon ce courant, la garantie, lorsqu'elle est émise sous forme de « lettre de garantie » revêt le caractère d'une déclaration unilatérale de volonté qui ne nécessite pas, pour produire ses effets, le consentement des autres parties, notamment celle du bénéficiaire¹⁸¹.

2.2.2.2. Un contrat unilatéral

Il semble maintenant bien établi, si l'on en juge par la doctrine majoritaire à cet effet, que la garantie constitue un contrat unilatéral¹⁸²

176. EISEMANN, *supra*, note 30, p. 384; DUBISSON, *supra*, note 35, p. 439.

177. J. EL HAKIM, « Les garanties bancaires dans les pays du Proche-Orient », in *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, 383, p. 395.

178. BAUDOUIN, *supra*, note 130, p. 47.

179. *Id.*, p. 61-62; DUBISSON, *supra*, note 35, p. 428 qui précise que si l'acte juridique unilatéral ne peut être une source autonome d'obligation selon la loi, la doctrine française est partagée sur la question ; voir aussi : S. VELU, *supra*, note 78, p. 228.

180. P. VAN OMMEFLAGHE, « Examen de jurisprudence, les obligations 1968-1973 », *Rev. crit. de jur. belge*, 1975, n. 77, p. 629; VAN LIER, *supra*, note 36, p. 346 et 349; DUBISSON, *supra*, note 35, p. 445; CONTR. Poullet, *supra*, note 37, p. 390; L. MATRAY, « L'arbitrage et le problème des garanties contractuelles », (1974) *Rev. Banque*, 284.

181. VAN LIER, *id.* ; si tel est le cas, nous serions véritablement en face d'un acte unilatéral lequel ne requiert, même pour sa formation, que la volonté de la seule partie qui s'oblige, v. BAUDOUIN, *supra*, note 130, p. 284.

182. Puisqu'il ne crée d'obligations qu'à la charge d'une seule partie (le garant), sans qu'il y ait réciprocité, v. BAUDOUIN, *id.*, p. 47.

puisque l'engagement du garant doit nécessairement être accepté par le bénéficiaire de la garantie, une telle acceptation pouvant être tacite¹⁸³. Ce problème de qualification n'est pas purement académique. En effet, l'enjeu de la question est de savoir si le banquier et le bénéficiaire sont protégés dans le cas d'une renonciation du donneur d'ordre à la garantie avant son acceptation par le bénéficiaire¹⁸⁴. Or, même si la garantie est un contrat, il ne nous semble pas justifié d'adopter la même solution que pour la soumission consécutive à un appel d'offres où le garant ne s'oblige valablement que lors de la réception de sa garantie par le bénéficiaire¹⁸⁵. La raison en est que, contrairement à la soumission qui doit être acceptée par son destinataire, qui la choisit alors parmi tant d'autres, le texte de la garantie est, règle générale, déjà annexé dans les cahiers des charges du bénéficiaire¹⁸⁶.

Dans la pratique, il nous semble fort hypothétique que pareil litige puisse se produire. En effet, un fournisseur ne recourra presque jamais à un ordre intempestif de retrait de la garantie car cela minerait les rapports de confiance indispensables au succès de l'opération commerciale. Quant au risque que ce soit la banque qui, de son propre chef, se rétracte, cela paraît invraisemblable car elle a accordé ladite sûreté moyennant des commissions et après examen de la situation financière et technique de son client. Or il est fort douteux que ces données changent radicalement entre le jour où la garantie est émise et celui où elle est reçue par le bénéficiaire, d'autant plus que l'octroi de la garantie est généralement acheminé par des moyens de communication aussi rapides que le télex.

De plus, au Québec, malgré l'existence d'un principe général, l'engagement unilatéral entraîne, en pratique, une obligation pour le pollicitant¹⁸⁷. Ainsi, la jurisprudence exige qu'une offre soit maintenue pendant une durée raisonnable¹⁸⁸ et que l'offrant ne puisse refuser de contracter sans raison¹⁸⁹.

183. POULLET, *supra*, note 37, p. 390; *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, p. 23, 332-333; EISEMANN, *supra*, note 30, p. 384 qui cite une décision d'un tribunal allemand.

184. BELLIS et POULLET, *supra*, note 163, p. 159.

185. DUBISSON, *supra*, note 35, p. 431.

186. *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, p. 115 et 171, où un banquier témoigne que dans 99 % des cas, c'est l'entrepreneur lui-même qui soumet à la banque des textes de garantie « préfabriqués auxquels il a dû adhérer »; toutefois aux États-Unis, une partie de la doctrine favorise la solution opposée dans le cas des lettres de crédit, v. L. BECKERS, *supra*, note 14, p. 178 :

It [l'obligation du garant] comes into existence when the beneficiary receives the advice of the credit from the issuing bank or its agent.

187. BAUDOUIN, *supra*, note 130, p. 61-62; T. ROUSSEAU-HOULE, *supra*, note 53, p. 38.

188. *Beaugency v. Farargy*, (1969) C.S. 496; *Vitra Glass v. Lavigueur*, (1959) B.R. 799.

189. *Clendinneng c. Cox*, (1914) C.S. 157; *Renflew Flour c. Sanschagrin*, (1928) 45 B.R. 29; *Beaudry c. Rendall*, (1962) B.R. 577; (1977) R.C.S. 148.

2.3. Validité des garanties contractuelles

2.3.1. Validité de la garantie conditionnelle

2.3.1.1. À une sentence arbitrale ou judiciaire

Lorsque la garantie est subordonnée pour sa réalisation soit à une sentence arbitrale, soit à une décision judiciaire, l'engagement du garant devient accessoire et est alors identique à celui de la caution¹⁹⁰. En effet, pareille sentence ou décision autorisant le bénéficiaire à se prévaloir de la garantie va établir l'inexécution ou l'exécution défectueuse des obligations du fournisseur. Il ne se pose alors pas de problème juridique spécifique à la garantie.

2.3.1.2. À un rapport d'expert ou certificat d'une autorité compétente

Dans ce cas, on ne peut plus parler d'une sûreté personnelle accessoire puisque le certificat émis par une Chambre de commerce ou par un expert ne se prononce pas sur l'existence même d'une obligation du donneur d'ordre. Son but est d'établir qu'un résultat déterminé, objet de la prestation du fournisseur, n'a pas été atteint. Cela explique que le bénéficiaire de la garantie, même non créancier, peut réclamer l'exécution de la garantie pourvu que le contrat n'ait pas été parachevé¹⁹¹.

Ce type de garantie documentaire s'assimile donc davantage, malgré des différences de forme dans la mise en œuvre, à la garantie à première demande. Nous traiterons alors de leur validité dans la section suivante.

2.3.2. Validité de la garantie à première demande

2.3.2.1. La validité d'une sûreté personnelle non accessoire

La garantie à première demande peut dépendre, pour sa mise à exécution, d'une simple déclaration du bénéficiaire à l'effet que le donneur d'ordre est en défaut ou encore le bénéficiaire pourra être tenu d'énoncer dans sa demande de réalisation de la garantie, les griefs reprochés à son cocontractant. Dans la deuxième éventualité, le garant ne peut vérifier le bien-fondé des allégations, la procédure étant destinée uniquement à faciliter les recours éventuels du donneur d'ordre. Il s'agit donc dans les deux cas

190. POULLET, *supra*, note 37, p. 389; DUBISSON, *supra*, note 35, p. 438.

191. POULLET, *supra*, note 37, p. 398, qui cite SCHINNERER, *Neue Wege Zur Regehung*.

d'une sûreté personnelle indépendante du contrat de base¹⁹². Or, peut-on avoir un type de sûreté personnelle non prévu par la loi et si oui, cette sûreté peut-elle ne pas être accessoire à l'obligation en rapport avec laquelle elle a été délivrée ?

2.3.2.1.1. Le principe de la liberté contractuelle permet de créer des sûretés innomées

Les principes de base du droit civil québécois semblent suffisamment souples pour autoriser l'acceptation de contrats innomés, telle la garantie contractuelle, même celle dite automatique¹⁹³. En effet, l'article 13 de notre *Code civil* permet une liberté contractuelle illimitée sous réserve de la notion de l'ordre public et des bonnes mœurs. Il n'est donc pas nécessaire qu'un texte de loi vienne édicter ce type de sûreté personnelle puisqu'il est loisible aux parties de passer des contrats « indépendamment des modèles proposés par la loi, en vertu de la liberté contractuelle »¹⁹⁴ et du principe de l'autonomie de la volonté¹⁹⁵. D'ailleurs, on a toujours reconnu au droit commercial une autonomie et une spécificité susceptibles d'apporter des innovations par rapport aux règles juridiques codifiées¹⁹⁶.

2.3.2.1.2. La sûreté personnelle à titre principal

Ayant vu que rien en droit commun ne vient faire obstacle à la faculté pour les parties de créer conventionnellement des sûretés innomées, nous tenterons de démontrer que celles-ci n'ont pas à être forcément accessoires. Pour ce faire, nous procéderons brièvement d'abord par la technique du droit comparé.

A : En droit anglo-américain

En droit britannique, déjà bien avant le développement des garanties contractuelles, au moins un type de sûreté principale était accepté : le contrat d'indemnisation que l'on oppose ainsi au contrat de cautionnement :

192. C'est la même affirmation à laquelle on est parvenu en droit français, v. A. VILLEREY, « Les garanties bancaires en droit français », in *Les garanties bancaires, supra*, note 15, p. 265.

193. Tel est le cas aussi en droit français, v. VILLEREY, *id.*

194. BAUDOUIN, *supra*, note 130, p. 42. Le même raisonnement a été tenu en France où existe pourtant une législation reconnaissant expressément la garantie automatique ; il s'agit du *Code des Marchés publics*, art. 144 ; v. VILLEREY, *supra*, note 192, p. 264 et 265.

195. L'autonomie de la volonté permettant plus facilement la création de sûretés personnelles que celle de sûretés réelles : VAN RYN et HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Éd. Émile Bruylant, 1965, n° 2561, p. 146.

196. S. VELU, *supra*, note 78, p. 234.

Although a contract of guarantee may be described as a contract of indemnity in the widest sense of the term, yet contracts of guarantee are distinguished from contracts of indemnity ordinary so called by the fact that a guarantee is a collateral contract to answer for the default of another person, and this is a contract that is ancillary or subsidiary to another contract, whereas *an indemnity is a contract by which the promisor undertakes an original and independent obligation*.¹⁹⁷

La principale conséquence à tirer de cette distinction est que le contrat de cautionnement (*suretyship* ou *guarantee*) tombe par suite de l'invalidité de l'obligation principale à laquelle il est accessoire, contrairement au *Contract of indemnity* qui est autonome et où le garant est obligé à titre principal¹⁹⁸. Même si le contrat de garantie n'est pas identique au contrat d'indemnisation pour la bonne raison que dans le premier cas le bénéficiaire n'a pas à prouver une perte pour faire jouer la garantie en sa faveur¹⁹⁹, les tribunaux anglais ont appliqué le même principe de la sûreté non accessoire aux garanties contractuelles, en particulier celles payables à première demande²⁰⁰.

En droit américain, la lettre de crédit sert de support au crédit de soutien (le *standby credit* qui joue le rôle de garanties contractuelles, tout comme au Canada, d'ailleurs). Or une condition essentielle, pour qu'une banque puisse valablement émettre une lettre de crédit, est que cette banque ne joue pas le rôle de caution car ce type de sûreté accessoire est *ultra vires* des pouvoirs des banques américaines²⁰¹. Cette difficulté se trouve contournée par la lettre de crédit qui constitue un engagement à titre principal qui ne nécessite, comme préalable à son exécution, que la production de documents²⁰². C'est en se fondant, en effet, sur le caractère d'obligation principale que revêt la lettre de crédit que le droit américain a validé, après des hésitations, la pratique de l'émission des lettres de crédit que ce soit pour

197. P. CURTIS-BENNETT, « Guarantee and Indemnity », in *Halsbury's Laws of England*, vol. 20, 4^e éd., London, Butterworths, 1978, n. 108, p. 54 (souligné de nous) et jurisprudence y citée.

198. T.C. HARTLEY, *The Law of Suretyship and Indemnity in the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Ireland*, Studies of the Commission of the European Communities, Brussels, March 1974, n. 17, p. 6.

199. *Id.*

200. Re *Owen*, *supra*, note 159; re *Howe Richardson*, *supra*, note 168; M. ELLAND-GOLDSMITH, « Performance bonds in the English Courts », (1978) 4 *D.P.C.I.*, 151.

201. Ph. WOOD, *Law and Practice of International Finance*, London, Sweet and Maxwell, 1980, 309; CAMPBELL, « Guarantees and Suretyship Phases of Letter of Credit », (1937) 85 *U. Pa. L. Rev.* 261, p. 292-295.

202. H. HARFIELD, « Enjoining Letter of Credit Transactions », (1978) 95 *Banking L.J.* 596, 599; WOOD, *supra*, note 201, 311 et jurisprudence y citée.

des fins de paiement ou pour garantir la bonne exécution des contrats de base²⁰³.

B : En droit franco-belge

Il semble que le principe d'une sûreté personnelle non accessoire soit de plus en plus accepté dans les ordres juridiques belge et français. C'est la doctrine qui y a joué un rôle de pionnier suivi, non sans hésitation, par les tribunaux, notamment belges qui sont d'un dynamisme remarquable en la matière.

En effet, le professeur De Page opinait pour la garantie à titre principal en ces termes :

Lorsqu'une personne garantit une dette en telle manière que son engagement n'est pas subsidiaire, mais principal, elle ne peut évidemment opposer, comme la caution pourrait le faire, la nullité de la dette, *puisque'elle n'a pas entendu « cautionner », mais bien garantir le créancier contre cette nullité.*²⁰⁴

En France, les professeurs Gavalda et Stoufflet sont aussi d'avis que la garantie contractuelle peut être autonome par rapport à la transaction qui a donné lieu à son émission. Raisonnant par analogie, ils soulignent, au soutien de leur thèse, que le principe de subsidiarité n'a pas empêché la validité de l'obligation du banquier en matière de crédit documentaire²⁰⁵. C'est au même résultat que semble aboutir la jurisprudence française même si la qualification juridique de la sûreté en question n'est pas toujours bien claire. Ainsi fut-il jugé — dans un contexte de marché national — qu'une garantie indépendante, en l'occurrence désignée par le vocable « caution personnelle et solidaire », est parfaitement valide :

la créance du maître de l'ouvrage (une garantie en faveur du bénéficiaire) sur la banque est indépendante des comptes qui peuvent exister entre ce dernier et l'entrepreneur.²⁰⁶

203. W. WARD et H. HARFIELD, *Bank Credits and Acceptances*, 4th ed., 1958, p. 135-140; VERKUIL, *supra*, note 30, 726.

204. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome VI, Bruxelles, Bruylant, 1962, n. 905, p. 886, (souligné de nous).

205. GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, p. 9; VELU, *supra*, note 78, p. 230 : « C'est dire que fonction de garantie et caractère autonome, principal, ne sont nullement incompatibles. »

206. Paris, 8 décembre 1977, *Journ. des Agréés* (Rev. de jur. Comm.), 1967, 709; Paris, 28 septembre 1978 (C. Appel), inédit cité dans POULLET, *supra*, note 37, 407; voir au contraire : C. Appel, Paris, *Rev. Jur. Comm.*, 1973, p. 273 qui, statuant sur la validité d'une garantie payable à première demande, nonobstant toute contestation, a jugé qu'une telle sûreté ne saurait primer sur l'article 2036 *Code Napoléon*, assimilant ainsi la garantie à un cautionnement. Cette décision est fortement critiquée, v. POULLET, *supra*, note 37, 406.

La jurisprudence belge est au même effet. Poussant plus loin l'analyse de la nature de la garantie contractuelle, elle qualifie l'engagement du garant d'abstrait, c'est-à-dire qu'il est « autonome et indépendant des rapports sous-jacents. »²⁰⁷

Mentionnons, comme prélude à l'examen de la validité de la sûreté personnelle à titre principal en droit civil québécois, que la jurisprudence française et belge citée nous sera d'une utilité certaine puisqu'elle s'inspire du droit napoléonien tout comme chez nous²⁰⁸.

C : En droit civil québécois

La doctrine relative à la pratique des garanties contractuelles au Québec est quasi inexistante²⁰⁹. Mais les tribunaux ont eu à se prononcer en de rares occasions sur le sujet ce qui ne permet pas de déceler une tendance juridique bien définie d'autant plus que, à première vue tout au moins, ces décisions semblent aboutir à des résultats divergents voire contradictoires. Dans le temps, la première affaire est celle de *Lumcorp Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce*²¹⁰ où il était question d'une lettre de garantie (*irrevocable letter of credit or guarantee*) émise en faveur de l'importateur pour assurer la bonne fin d'un contrat de vente de bois intervenu entre la demanderesse et une Société d'État irakienne (« Gecist »). Celle-ci a obtenu que la lettre de garantie payable sur simple demande soit délivrée par une banque irakienne (Rafidain Bank) qui a obtenu une contre-garantie de la défenderesse (C.I.B.C.). Par la suite, naît un litige au sujet du prix et la livraison ne peut s'effectuer. Gecist, le bénéficiaire, demande le paiement de la garantie auprès de Rafidain Bank qui appelle la défenderesse en contre-garantie. Après de vaines tentatives pour résoudre le différend commercial et face à la volonté de la défenderesse d'exécuter son engagement, la demanderesse devait introduire une requête en injonction interlocutoire pour empêcher le paiement. Le juge Aronovitch qui aurait pu rejeter la demande pour un vice de procédure, va au-delà et se prononce sur le fond du droit vu l'importance de la question soulevée tant du point de vue factuel que légal. Il pose le caractère de l'obligation principale du garant en ces termes :

207. Président du Trib. de Commerce de Bruxelles, 23 décembre 1980, in (1981) *Rev. Banque*, 627, p. 629; C. Appel de Bruxelles, 2^e Ch., 18 décembre 1981; in (1982) *Rev. Banque*, p. 99 et Trib. de Commerce de Bruxelles (référé), 6 avril 1982, in (1982) *Rev. Banque*, 683.

208. *Banque nationale du Canada c. Soucisse*, (1981) 2 R.C.S. 339, p. 351.

209. Depuis cette affirmation, des articles touchant partiellement à ce domaine ont vu le jour, v. D. DESJARDINS, « Le banquier et les ventes internationales », (1983) *Meredith Lect.*, 131; M. POMERLEAU, « La fraude du bénéficiaire du crédit documentaire irrévocable : Étude comparative en droit commercial international », (1984) 44 *R. du B.* 113.

210. (1977) C.S. 993.

Plaintiff, seeking an interlocutory injunction, is faced with defendant's *letter of guarantee which constitutes a bargain between the bank and the beneficiary. There is an absolute obligation imposed on the bank to pay, irrespective of any dispute which there may be between the principals, plaintiff and Gecist.*²¹¹

Ce passage démontre à la fois que la lettre de garantie est une opération à laquelle le donneur d'ordre est étranger et son corollaire, soit l'indépendance de l'obligation du banquier des disputes commerciales entre les parties au contrat de base. En conséquence de quoi, le demandeur est débouté.

Mais une autre décision de la Cour supérieure²¹² devait aboutir à un résultat différent. Il s'agit de « cautionnements » bancaires fournis pour garantir des acomptes versés par la défenderesse, une société iranienne, et pour assurer la bonne exécution d'un contrat portant sur la réalisation de lignes et de réseaux de transmission d'énergie électrique conclu avec la demanderesse (Checo). Conformément à une tendance marquée chez les importateurs du tiers-monde et qui consiste à obtenir l'engagement d'une banque locale, ces garanties bancaires ont été fournies à la défenderesse par une banque iranienne laquelle s'est fait contre-garantir par la mise en cause (B.N.P. Canada) après sollicitation de la demanderesse, son client. Le contrat, passé en 1974, ne put être achevé, principalement à cause d'une situation de force majeure créée par les événements politiques en Iran. Le bénéficiaire des garanties ayant exigé leur paiement, la banque iranienne fit appel à la mise en cause qui, désireuse de rester à l'écart des disputes survenues entre les parties au contrat de base, s'apprêtait à s'exécuter quand la demanderesse a pris une requête en injonction pour l'en empêcher. L'arrêt ne nous dit pas dans quels termes était rédigée la garantie ce qui aurait permis de déduire si l'intention des parties était de convenir d'une sûreté accessoire ou à titre principal. Au lieu de cela, le juge Riopel puise abondamment dans le contrat de base pour laver Checo de toute responsabilité. Il est vrai que les actes posés par la défenderesse étaient fort surprenants, celle-ci allant jusqu'à congédier l'ingénieur-conseil qu'elle avait mandaté pour servir d'intermédiaire entre les deux parties et qui avait reconnu toutes les réclamations avancées par Checo visant à réduire les garanties bancaires en restitution d'acomptes au prorata des sommes devenant dues à Checo²¹³. Or les décisions de cet expert étaient finales à moins que l'une des parties ne demandât l'arbitrage, ce qui n'eut pas lieu. Devant ces faits, la Cour accorde une injonction permanente empêchant

211. *Id.*, p. 995, souligné ajouté.

212. *B.G. Checo International Ltée*, *supra*, note 28.

213. *Id.*, p. 22.

B.N.P. Canada de payer non seulement en vertu des garanties de remboursement d'avances mais aussi en vertu des garanties de bonne fin puisque le bénéficiaire aurait rendu lui-même toute exécution du contrat impossible ²¹⁴.

Cet arrêt, après examen, ne nous semble pas autoriser l'affirmation que la garantie contractuelle est forcément accessoire du contrat à l'origine de son émission. Il est admis en effet que lorsque le bénéficiaire d'une garantie agit frauduleusement cela donne ouverture à l'examen du contrat de base et l'indépendance de la garantie n'est plus préservée ²¹⁵. Or il semble bien que ce soient les faits particuliers à cette cause qui justifient la décision rendue :

sa décision [de la défenderesse] de rappeler les cautionnements [alors qu'elle a manqué à ses obligations] ou garanties bancaires constitue [...] *un abus de droit équivalant à fraude* qui justifie la Cour d'intervenir sans hésitation. ²¹⁶

A contrario, nous pensons que si les faits de l'espèce n'avaient pas permis d'établir qu'il y avait eu fraude, la Cour n'aurait vraisemblablement pas empêché le paiement, reconnaissant ainsi implicitement la validité de la sûreté personnelle à titre principal que constitue la garantie bancaire. Cette opinion est renforcée par les « circonstances exceptionnelles » de l'affaire que souligne le juge et qui ont justifié en l'espèce l'ordonnance d'injonction ²¹⁷.

À la lumière de cette jurisprudence québécoise, encore à ses débuts, nous pouvons avancer qu'il est loisible aux parties de constituer conventionnellement une sûreté personnelle non accessoire matérialisée par la garantie contractuelle. Mais la loi des parties — le contrat — doit respecter les principes fondamentaux du droit des obligations, notamment l'exigence de la cause pour la validité de tout contrat ²¹⁸. Se pose alors la question de savoir si la garantie contractuelle, en particulier celle dite automatique, est une obligation purement abstraite qui ne nécessite pas l'existence d'une cause.

2.3.2.2. Validité de l'obligation abstraite

2.3.2.2.1. La garantie contractuelle : une obligation abstraite

Sauf peut-être le cas de la garantie libellée en des termes qui démontrent qu'elle a été fournie à titre de sûreté accessoire ²¹⁹, l'engagement du garant en

214. *Id.*

215. *Infra*, 4.1. et suivants.

216. *B.G. Checo, supra*, note 28, p. 31.

217. *Id.*, p. 32.

218. VILLEREY, *supra*, note 192, 265.

219. Ce serait le cas notamment lorsque le contrat de base est intégré par référence au document de la garantie et que l'on fait de l'inexécution de l'obligation du donneur d'ordre une condition *sine qua non* à la réalisation de la garantie, v. EL HAKIM, *supra*, note 177, p. 390.

vertu d'une garantie documentaire ou automatique a été unanimement qualifié d'« abstrait », c'est-à-dire détaché de sa cause²²⁰. En désignant ainsi l'obligation du garant, on veut rendre compte de la double autonomie de la garantie tant à l'égard des rapports liant le garant au donneur d'ordre que des liens existant entre celui-ci et le bénéficiaire de la garantie²²¹,

La garantie (lettre de crédit standby) résultant de l'émission d'une lettre de crédit s'analyse [...] comme un engagement abstrait devant jouer d'une façon détachée par rapport aux relations existant entre les signataires du contrat de base, ...²²²

Tout se passe en réalité comme si, par leur volonté souveraine, les parties à la garantie ont délibérément voulu isoler l'engagement du garant de sa cause « ce qui fonderait l'autonomie de l'obligation assumée par ce dernier. »²²³ Peut-on dire pour autant qu'en agissant ainsi, l'engagement du garant produit ses effets en dépit de l'absence de cause ou de son illicéité?

2.3.2.2.2. Une obligation causée

A : La cause : une notion controversée

Avant de démontrer que l'engagement du garant n'est pas sans cause, il importe de s'arrêter sur la notion même de cause. Si notre *Code civil* en fait une condition essentielle à la formation de tout contrat²²⁴, il ne donne pas de définition de celle-ci. Aussi, cette notion a-t-elle fait l'objet d'un grand intérêt de la part des auteurs et, ici comme ailleurs, la doctrine a démontré que la cause pouvait se rapporter au contrat ou à l'obligation, même s'il semble que le *Code civil* n'ait retenu que la cause du contrat²²⁵. De même la cause varie selon la nature de l'acte (acte à titre onéreux ou gratuit) ou du contrat²²⁶. Face à ces difficultés, auxquelles s'ajoute la controverse causalistes — anti-causalistes, les tribunaux québécois se sont abstenus de s'aligner sur

220. Cour de Paris, arrêt du 27 octobre 1981, *J.C.P.* 1981.II.19702, note Bouloy; VAN RYN et HEENEN, *supra*, note 195, n. 2561; VAN LIER, *supra*, note 36, 350; GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, 7.

221. GAVALDA et STOUFFLET, *id.*

222. Cour de Paris, *supra*, note 220.

223. VAN LIER, *supra*, note 36, 350.

224. Articles 984 et 989.

225. BAUDOUIN, *supra*, note 130, 181; la cause du contrat, dite subjective, varie d'une personne à l'autre alors que la cause de l'obligation est abstraite et identique pour un même type de contrat; aussi J. GHESTIN, *Le contrat : principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Université McGill, 1982, 254.

226. GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, 10.

l'une ou l'autre des positions doctrinales²²⁷. Malgré ce débat, l'absence de cause d'une obligation empêche la formation du contrat et le contrat portant sur une fausse cause ou une cause illicite est entaché d'une nullité absolue²²⁸. Il ne nous semble donc guère possible, en droit positif québécois, de dire que l'engagement du garant est abstrait dans le sens où il serait indépendant de l'existence d'une cause²²⁹, pas plus qu'on ne saurait soutenir qu'il demeure valide nonobstant l'illicéité ou l'immoralité de la cause²³⁰.

B : La cause de la garantie varie selon la fonction assignée à cette garantie

En effet lorsqu'il s'agit d'une garantie de soumission sa cause réside dans la déposition d'une offre par le soumissionnaire. De même, la cause de la garantie en restitution d'acomptes réside dans les montants déboursés d'avance par le bénéficiaire de la garantie²³¹. Qu'en est-il alors de la cause de la garantie émise pour assurer la bonne fin d'un contrat ?

Il est clair que cette cause ne peut être l'obligation à laquelle est tenue le donneur d'ordre envers le bénéficiaire puisque la garantie — surtout celle réalisable sur simple demande — peut être exécutée sans que le donneur d'ordre soit véritablement en défaut²³². Aussi, a-t-on essayé d'expliquer la cause de l'engagement du garant par la seule conclusion du contrat de base intervenue entre le fournisseur et l'importateur²³³, indépendamment de l'inexécution ou de l'exécution défectueuse de ce contrat. Ceci se justifierait d'autant plus que :

227. BAUDOUIN, *supra*, note 130, 181.

228. *Id.*, 213; G. TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 7, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952, 108.

229. VASSEUR, *supra*, note 161, 330-331.

230. C'est aussi le cas en droit français, v. GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, p. 10; toutefois, au Québec, le *Projet de Code civil* ne retient plus la cause comme condition indispensable à la formation du contrat même si le *Projet de Code civil*, vol. I, Livre cinquième, Titre premier, à son article 8, invalide le contrat dont le but est illicite ou immoral, v. GHESTIN, *supra*, note 225, p. 258.

231. GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, 10.

232. *Id.*

233. Cour de Riom, du 14 mai 1980, D. 1981.II.338 qui a jugé aussi à bon droit que le contrat de garantie est indépendant du contrat principal quand bien même le premier trouve sa cause dans le second (sic !); DUBISSON, *supra*, note 35, p. 445; GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, p. 10; VILLEREY, *supra*, note 192; VASSEUR, *supra*, note 161, p. 330-331.

les lettres de garantie portent référence expresse à une opération commerciale et cette mention marque que cette opération est pour les parties plus qu'un motif de l'obligation contractée par le garant. Elle appartient à sa cause.²³⁴

De plus sans l'octroi de cette garantie, condition capitale pour le bénéficiaire, la transaction de base n'aurait pas eu lieu²³⁵. De plus, fait-on remarquer, la cause de l'engagement du garant réside dans

la volonté de la banque qui trouve dans l'étendue de son objet vocation et même mission d'aider à la réalisation d'opérations économiques de ce type.²³⁶

Ce dernier argument tiré de la relation garant-donneur d'ordre — et non plus du rapport donneur d'ordre-bénéficiaire — est celui qui a été retenu dans un jugement récent de la Cour d'appel de Bruxelles :

Attendu que si l'on admet que la notion de cause s'entend « des buts poursuivis par les parties et des mobiles en fonction desquels elles ont contracté », il apparaît que la cause de l'engagement de garantie à première demande peut être trouvée dans le rapport contractuel existant entre le garant et le donneur d'ordre : il s'agit de la volonté du garant d'exécuter son engagement envers le donneur d'ordre, en vue notamment de percevoir les commissions qui lui sont dues par celui-ci...²³⁷

Ce bref exposé de la question montre que le débat relatif à la cause de l'engagement du garant est loin d'être épuisé. En effet que l'on ait recours au contrat de base ou à la relation contractuelle garant-donneur d'ordre pour expliquer la cause de l'engagement du garant, on se trouve, au moins partiellement, à battre en brèche, l'autonomie du contrat de la garantie qui est indispensable pourtant à la viabilité de ce type d'arrangements²³⁸. C'est peut-être là que réside le paradoxe de cette institution, paradoxe qui, comme nous le verrons, pourra assurer une plus grande équité dans les rapports entre les parties impliquées sans véritablement miner l'opération de la garantie.

234. GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, p. 11.

235. VILLEREY, *supra*, note 192, p. 266; VASSEUR, *supra*, note 161, p. 331.

236. VILLEREY, *id.*, 226.

237. Cour de Bruxelles, *supra*, note 207, 120; G. BERLIOZ, « Les garanties dans les relations économiques internationales », *J.C.P.*, éd. C.I., 1980, 13324, nos 8 et s., cité dans *D.* 1983.369.

238. À titre de comparaison, signalons que ce problème ne se pose pas en droit anglo-saxon puisque la notion de « considération » — qui est voisine mais distincte de celle de cause en droit civil — n'est pas requise pour la validité de la lettre de crédit, v. P. WOOD, *supra*, note 201, 311; *Malas v. British Imex*, [1958] 2 Q.B. 127; *Barclays Bank D.C.O.*, 339, F. Supp. 457 (1972) affirmed 481 F. 2d 1224 (5th Cir. 1973) qui a décidé que l'art. 5 de l'*U.C.C.* excluait l'exigence de « considération ».

3. La mise en œuvre des garanties contractuelles

3.1. Des difficultés d'interprétation liées aux techniques de rédaction ²³⁹

En l'absence de formules normalisées ²⁴⁰, la rédaction des garanties contractuelles varie sensiblement d'un cas à l'autre, selon l'habileté des parties et leur pouvoir de négociation. Les exigences de forme et de contenu nécessaires à la validité de la garantie contractuelle sont simplifiées au maximum. Aussi suffira-t-il que celle-ci soit rédigée dans une formule acceptable et en des termes contraignants. Celle-ci devra en outre porter les nom et signature du garant, l'identification du crédit et le montant sur lequel il porte ainsi que l'identité du bénéficiaire et les conditions de réalisation de la garantie ²⁴¹. Vu la diversité des textes de garanties nous nous sommes limités aux conséquences des principales tendances rencontrées au cours de ce travail soit l'usage de l'expression « garantie à première demande » suivie ou non de mots tendant à la préciser ou à la circonscrire, la référence au contrat de base dans le texte de la garantie et la référence aux règles du cautionnement.

3.1.1. La réalisation de la garantie stipulée payable à première demande

3.1.1.1. La portée de la présomption découlant de cette garantie

En l'état actuel du droit, il ne semble plus permis d'interpréter la cause de la garantie payable à première demande comme entraînant un simple renversement du fardeau de la preuve ²⁴². Il subsiste cependant une controverse quant à savoir si la garantie automatique constitue une présomption irréfragable de l'existence d'une sûreté non accessoire ou s'il ne s'agit que d'une simple présomption que l'on peut écarter en vue de démontrer le

239. La démarche suivie dans ce chapitre s'inspire de l'article de Y. POULLET, « Le contrat de garantie : Examen de quelques problèmes juridiques particuliers », in *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, p. 127.

240. Il existe, bien entendu, les *Formules normalisées* récemment éditées par la C.C.I. (Publication n° 406), mais dont les praticiens du commerce international ne se sont guère préoccupés.

241. B. KOZOLCHYK, « The Emerging Law of Standby Letters of Credit and Bank Guarantees », (in Symposium on Law of Letters of Credit and Standbys in the 1980's), (1982) 24 *Ariz. L. Rev.*, 319, 346-347.

242. POULLET, *supra*, note 239, p. 129; contr. Trib. Com. Bruxelles, (1980) *Jur. Comm. Belge*, 146 et B. KLEINER, « La garantie en droit suisse », in *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, 203, p. 207.

caractère accessoire de ce type de sûreté²⁴³. Il semble que c'est la deuxième opinion qui devrait l'emporter si l'on considère les cas où malgré la présence de la formule « payable à première demande », l'ajout d'autres clauses a fait de la garantie une sûreté accessoire. C'est dans ce sens qu'a jugé le Tribunal de Commerce de Paris où il fut décidé que l'expression « à première demande justifiée » réfère directement au marché de base et que la banque garante doit exiger la justification prévue avant de payer²⁴⁴.

3.1.1.2. La référence au contrat de base dans la garantie contractuelle

En principe, la simple référence au contrat de base dans le texte de la garantie ne devrait pas empêcher celle-ci d'être considérée comme une sûreté autonome. Cette solution semble faire l'unanimité en droit comparé. En droit allemand, les auteurs font le parallèle avec la pratique des renvois au contrat de base dans le domaine des changes ce qui n'implique pas que la lettre de change devienne, par le fait même, une opération accessoire²⁴⁵. De même, en droit américain, la référence générale dans un *standby credit* au lien originaire est considérée comme n'ajoutant rien à la nature de la sûreté représentée par le crédit de soutien²⁴⁶.

Si la référence générale au contrat de base ne semble pas poser de sérieux problèmes, les cas de référence dans la garantie à la prestation ou à l'obligation²⁴⁷ du donneur d'ordre en vertu de l'opération d'exportation sont plus complexes. Le renvoi à la prestation ajoute à la référence générale déjà vue une plus grande précision quant au résultat escompté du contrat de base. Il semble toutefois que cela soit de peu de conséquence quant à la présomption du caractère indépendant de la garantie²⁴⁸. C'est ainsi que le

243. POULLET, *id.*, p. 130 qui cite la controverse au sein de la doctrine allemande; en France, la Cour d'appel de Paris, D. 1981.II.336, semble en faire une présomption irréfragable: « Considérant que les termes "Nous vous paierons à première demande de votre part [...]" assignent sans ambiguïté à l'engagement de la banque le caractère d'une garantie autonome [...] ».

244. D., 1981.482; à l'opposé: Cour de Paris, D. 1982.296 où la Cour d'appel a jugé que la clause « payer irrévocablement et à première demande justifiée confirmant que le donneur d'ordre n'a pas exécuté ses obligations conformément au contrat [...] » ne fait pas de la garantie une sûreté accessoire.

245. K. PLEYER, « Pratique de la garantie bancaire en droit allemand », in *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, 185, p. 190.

246. B. KOZOLCHYK, *supra*, note 241, p. 366 et causes y citées; E.P. ELLINGER, « Uses of Letters of Credit and Bank Guarantees in the Insurance Industry », reproduit en partie dans J. ZIEGEL et B. GEVA, *Commercial and Consumer Transactions*, Toronto, Emond-Montgomery Limited, 1981, 916.

247. Cette intéressante distinction est faite par Y. POULLET, *supra*, note 239, p. 131 s.

248. *Id.*, 132.

fait d'assujettir le paiement d'une garantie à première demande à une déclaration certifiant que le donneur d'ordre n'a pas obtenu un certificat de conformité, devrait faire présumer de l'existence d'une sûreté autonome. C'est d'autant plus vrai que ledit certificat est délivré par le bénéficiaire en personne, même si l'essai en charge est dirigé par le représentant du fournisseur-donneur d'ordre.

S'agissant de la référence à l'obligation, M. Poulet distingue selon que celle-ci est « positive » ou « négative ». Un exemple de la référence « positive » à l'obligation est fourni par la clause suivante :

La banque garantit irrévocablement le paiement par le donneur d'ordre au bénéficiaire d'une somme de _____ dans le cas où le donneur d'ordre manquerait à s'exécuter suivant les termes et conditions du contrat.²⁴⁹

Dans cette hypothèse, l'on pense que la garantie ainsi libellée fait présumer de l'existence d'une sûreté accessoire²⁵⁰.

Quant à la référence « négative » à l'obligation, elle peut être rendue ainsi :

Nous nous engageons à vous rembourser à votre première demande écrite [...]. Ceci sans qu'aucune procédure légale ou judiciaire soit nécessaire et sans qu'aucune objection de sorte puisse intervenir.²⁵¹

En cas de référence négative à l'obligation découlant du contrat de base, on admet qu'il y a là présomption de la présence d'une sûreté non accessoire²⁵².

3.1.1.3. La référence au cautionnement

Le libellé de la garantie contractuelle peut renvoyer au cautionnement de deux manières principales, soit simplement désigner l'engagement du garant comme un cautionnement, soit incorporer véritablement des dispositions législatives se rapportant au cautionnement. Dans le premier cas, il

249. POULET, *id.* (souligné de nous) ; une autre variante serait la clause suivante tirée d'une garantie émise par la Banque Paribas au profit de la Snim : « Nous nous engageons à verser toute somme dont le titulaire serait débiteur au titre des avenants n° 1 et 2 du contrat G 093 ».

250. POULET, *id.* ; Trib. Comm. de Paris, D. 1981.II.484.

251. Clause figurant dans une garantie délivrée par Credito Italiano à Snim (souligné de nous) ; voir aussi cet exemple donné par POULET, *id.* : « sans pouvoir lui opposer aucun motif ni de notre chef, ni du chef de notre donneur d'ordre ».

252. POULET, *id.* ; à l'opposé de cette opinion, des auteurs pensent que la seule référence à l'obligation du donneur d'ordre dans une garantie automatique en fait à coup sûr un engagement accessoire, v. J. EL HAKIM, *supra*, note 177, p. 389.

peut sembler évident que c'est le contenu de l'acte — et non la qualification que les parties en font — qui permet de découvrir sa vraie nature. On pourra donc se retrouver en face d'une véritable garantie autonome qui a été désignée par les parties comme un cautionnement :

Although this agreement is expressed to be a guarantee [sûreté accessoire], it is not in truth such a contract. It has much more of the characteristics of a promissory note than the characteristics of a guarantee.²⁵³

Mais la situation devient plus complexe lorsque, en plus d'utiliser le terme « caution », l'engagement du banquier renvoie à une disposition légale sur le cautionnement. C'est le cas d'une clause qui « énumère les cas dans lesquels la caution n'a pas de recours contre le débiteur principal »²⁵⁴. Le cas s'est présenté devant un tribunal belge qui a conclu à l'existence d'une garantie indépendante car le contraire aurait réduit à néant l'intention et la préoccupation véritables du bénéficiaire de cet engagement²⁵⁵. Certains auteurs soutiennent cette analyse et affirment qu'un renvoi explicite à une législation sur le cautionnement permet raisonnablement d'inférer que le garant entendait cautionner mais que ceci ne devrait pas faire échec à une autre clause non moins explicite par laquelle le garant renonce aux exceptions découlant du contrat de base²⁵⁶. On peut toutefois se demander si, au contraire, en incorporant une disposition législative particulière au cautionnement, les parties n'entendaient pas convenir d'une espèce de cautionnement aménagé qui traduirait le pouvoir de marchandage des parties sans aller jusqu'à une garantie indépendante.

3.1.2. Les solutions en cas de doute

Lorsqu'il n'est pas possible de faire ressortir la volonté des parties quant au type de sûreté qu'elles ont voulu adopter, les avis sont partagés quant à l'interprétation à donner à l'engagement du garant. Deux solutions ont été proposées : l'une admet que le doute bénéficie au débiteur, le garant, l'autre

253. Re *Owen*, *supra*, note 159, juge Lord Lane, p. 174; aussi Cour de Paris, 25 mars 1982, *D.* 1982.I.R.497, 1^{re} esp., note VASSEUR. Cette opinion est aussi renforcée par analogie, par l'article 1 des *Règles et Usances Uniformes relatives aux crédits documentaires*, C.C.I., Publication 290 qui édicte : « Ces règles s'appliquent à toute garantie, cautionnement, sûreté ou engagement similaire, quelle que soit leur appellation ou description ».

254. Incorporant ainsi l'article 1952 C.C.

255. Cour d'appel de Bruxelles, 18 décembre 1981, (1982) *Rev. Banque*, 99, 110; la Cour a pu avoir été impressionnée par la preuve d'un expert à l'effet que la langue du bénéficiaire, l'arabe, se sert du même vocable pour désigner indifféremment le cautionnement ou la garantie. Or c'était le bénéficiaire qui avait imposé le texte de la garantie pour que les banques se portent « cautions, conjoints et solidaires. »

256. POULLET, *supra*, note 239, p. 128-129.

que l'interprétation qui défavorise le garant doit être retenue. La première théorie fait l'unanimité de la doctrine européenne mais son application prête à controverse. En effet, l'opinion dominante au sein de ce mouvement estime qu'il faut, en cas de doute, opter pour la garantie accessoire puisque la responsabilité du débiteur garant est moins lourde dans ce cas²⁵⁷. Tout en étant d'accord avec le principe que le doute s'interprète en faveur du débiteur, donc du banquier, l'opinion minoritaire juge que vu que c'est l'intérêt de la banque qui est pris en considération, il faut conclure à une garantie indépendante puisque le garant a intérêt à rester en dehors des disputes contractuelles des parties à la transaction de vente²⁵⁸.

À l'opposé, le droit américain affirme unanimement que toute ambiguïté dans le texte du crédit *standby* doit s'interpréter en défaveur du garant qui l'a émis²⁵⁹. Il s'agirait là d'une exigence du *contra proferentem*²⁶⁰. On aboutit ainsi, malgré un raisonnement différent, au même résultat que celui atteint dans l'interprétation minoritaire du principe retenu en droit comparé européen, c'est-à-dire considérer la garantie comme étant autonome en cas de doute.

Ni la solution minoritaire retenue en Europe, ni celle à laquelle aboutissent les tribunaux américains ne nous semblent convaincantes. Dans le premier cas, le raisonnement pêche par un « juridisme excessif »²⁶¹ car, au bout de la chaîne, le véritable débiteur de l'obligation économique est soit le donneur d'ordre, soit l'organisme d'assurance lesquels ont intérêt à ce que la sûreté soit accessoire. Quant à la solution américaine elle oublie tout simplement que, en réalité, le stipulant du crédit de soutien est le bénéficiaire lui-même.

Finalement, mentionnons l'existence d'usages commerciaux actuels qui peuvent amener à qualifier un engagement ambigu du banquier de garantie indépendante dans le cas d'une opération commerciale internationale²⁶².

257. Y. POULLET, *supra*, note 239, p. 134 et auteurs y cités.

258. *Id.*, p. 135 qui cite SCHINNERER suivi en cela par la Cour de cassation autrichienne.

259. J. BECKER, *supra*, note 43, qui cite aux pages 339 et 340 *re East Girard Sav. Ass'n v. Citizens Nat'l Bank & Trust Co. of Baytown*, 593 F. 2d 598 (5th Cir. 1979); B. KOZOLCHYK, *supra*, note 241, p. 355.

260. *Re Venizelos, S.A. v. Chase Manhattan Bank*, 425 F. 2d 461 (2^d Cir. 1970).

261. POULLET, *supra*, note 239, p. 135.

262. POULLET, *id.*

3.2. Les effets du principe de l'autonomie de la garantie et ses conséquences sur les rapports des parties

3.2.1. Le cas de la garantie documentaire

3.2.1.1. La demande conforme aux instructions de la garantie

Nous avons déjà souligné que la garantie documentaire est indépendante du contrat de base. Par conséquent, le garant devra s'exécuter sur la foi des seuls documents conformes présentés sans se soucier des disputes contractuelles. Fait remarquable, ce type de garantie est presque méconnu des opérateurs du commerce international, sans doute à cause du rapport de forces très favorable au bénéficiaire de la garantie (« marché-acheteur ») qui va exiger et obtenir une garantie à première demande. En l'absence donc de décisions jurisprudentielles et d'écrits doctrinaux sur la question, nous appliquerons par analogie les critères tirés du crédit documentaire.

La garantie étant une transaction documentaire, il devient alors indispensable que les documents présentés en vue de sa réalisation soient strictement conformes à ceux qu'elle prescrit. Il s'agit en effet de maintenir un équilibre entre les intérêts des parties au contrat de base. Or les intérêts du donneur d'ordre ne sont adéquatement protégés que dans le strict respect du formalisme inhérent aux transactions documentaires²⁶³. Notons cependant que la règle de la « stricte conformité » aux instructions données dans le crédit documentaire a pu entraîner des abus amenant certains tribunaux américains à lui préférer le critère de la « conformité substantielle »²⁶⁴.

En matière de garantie documentaire toutefois, les seuls documents appropriés que nous voyons pour le moment sont les certificats ou avis émanant d'experts non désignés comme arbitres ou d'une autre autorité compétente²⁶⁵.

263. Solution retenue en matière de crédit documentaire en France, v. Cour de cassation, 14 octobre 1981, (1982) *Rev. Jurisp. Com.* 253, note J.-P. Sortais, 256.

264. KOZOLCHYK, *supra*, note 241, p. 363 qui cite les affaires *First National Bank v. Wynne*, 149 Ga. App. 811, 256 S.E. 2d 383 (1979) qui a mis en garde contre une adhésion trop rigide à la règle de la *strict compliance* et *Lustrelon, Inc. v. Prutscher*, 178 N.J. Super. 128. Il est vrai d'ailleurs que les *Règles et usances uniformes* de la C.C.I., article 7, n'imposent que l'« apparence de conformité ». Quant aux tribunaux québécois et canadiens, ils n'exigeraient pas la stricte conformité des documents soumis aux instructions du crédit, contrairement à la majorité des arrêts rendus par les cours anglaises, v. M. POMERLEAU, *supra*, note 209, p. 122-123.

265. Puisque les autres documents dénaturent la garantie documentaire; en effet, s'il s'agit d'une déclaration du bénéficiaire, même circonstanciée, la garantie en sera une de type automatique (v. 2.3.2.) alors qu'un document émanant d'un arbitre fait de la garantie une sûreté accessoire (v. 2.3.).

3.2.1.2. L'exigence d'un certificat d'expertise ²⁶⁶

3.2.1.2.1. La détermination du droit du bénéficiaire à la garantie

Le texte de la garantie peut poser comme condition préalable à la réalisation de la garantie la production d'un certificat d'expert ou d'une autre autorité comme la Chambre de commerce municipale. Certes, le simple titre indiquant que le document est un avis d'expert ne peut autoriser le garant à effectuer le paiement. Celui-ci devra, en plus, s'assurer, par la lecture du document, que la prestation dévolue au donneur d'ordre en vertu du contrat de base — et faisant l'objet de la garantie —, n'a pas été parachèvement. L'avis d'expert énoncerait alors que le bénéficiaire a droit au produit de la garantie. Si c'est bien là la teneur du certificat, le garant, en s'exécutant, ne s'implique pas au-delà du contrat qui le lie au bénéficiaire et l'on admet que cela relève de la fonction du garant, surtout s'il s'agit d'une banque ²⁶⁷. Au contraire, le certificat d'expert peut simplement affirmer que le donneur d'ordre a manqué à une partie de ses obligations entraînant, par sa faute, une rupture du contrat sans qu'il ne se prononce pour autant sur le droit du bénéficiaire à se prévaloir de la garantie. Dans ce cas, M. Eisemann est d'avis que le garant ne devrait pas honorer son engagement à la vue de ce document puisqu'il se trouve à tirer lui-même les conséquences de l'inexécution du contrat de base sur la garantie ²⁶⁸. Il est donc recommandé d'exiger que l'avis d'expert se prononce expressément sur le droit du bénéficiaire à se faire payer en vertu de la garantie.

3.2.1.2.2. La contestation du certificat d'expertise

L'avis d'expert peut décider à tort que le bénéficiaire a droit au paiement de la garantie par suite d'un manquement du donneur d'ordre. Même dans ce cas, si l'on raisonne par analogie avec le crédit documentaire, la banque ne doit pas s'enquérir du bien-fondé de l'expertise vu la nature purement documentaire du contrat de garantie ²⁶⁹.

266. Ce paragraphe adopte *mutatis mutandis* le raisonnement de F. EISEMANN, *supra*, note 30, p. 394 s., relatif à la sentence arbitrale.

267. EISEMANN, *id.*, 395 : la banque se contente alors de constater le contenu d'un document.

268. *Id.*

269. Ce qui importe en effet ce sont les documents attestant le défaut et non la preuve d'un défaut réel, v. B. KOZOLCHYK, *supra*, note 241, p. 348.

3.2.2. Le cas de la garantie à première demande

3.2.2.1. L'obligation pour le garant de s'exécuter

3.2.2.1.1. L'application des règles du crédit documentaire irrévocable

La garantie contractuelle est à toutes fins juridiques détachée du contrat commercial qui est à l'origine de son émission. Comme elle porte uniquement sur des documents, tribunaux et auteurs ont vite fait de lui appliquer, avec les changements nécessaires, les règles du crédit documentaire irrévocable. Dans l'affaire *Howe Richardson Scale*, le juge Lord Ruskil s'est ainsi exprimé :

The bank, in principle, is in a position not identical with but very similar to the position of a bank which has opened a confirmed irrevocable letter of credit. Whether the obligation arises under a letter of credit or under a guarantee, the obligation of the bank is to perform that which is required to perform by that particular contract...²⁷⁰

D'abord, la garantie est un contrat indépendant de l'opération originale qui lie le fournisseur à l'acheteur. Ce principe fondamental a été confirmé avec force au Québec dans l'affaire *Lumcorp* :

defendant's [banque contre-garante] letter of guarantee [...] constitutes a bargain between the bank and the beneficiary.²⁷¹

C'est dire que, sauf en cas de fraude, une dispute contractuelle fondée sur le contrat de base ne peut empêcher la banque d'honorer la garantie :

There is an absolute obligation imposed on the bank to pay irrespective of any dispute which there may be between the principals, plaintiff and Gecist.²⁷²

Le garant doit également s'exécuter même dans les cas où le donneur d'ordre peut invoquer la force majeure. C'est ainsi que l'impossibilité physique ou légale pour l'exportateur-donneur d'ordre de s'acquitter de ses obligations n'a pas justifié le refus du paiement de la garantie. Aux États-Unis, le donneur d'ordre, pris en défaut suite à un embargo décrété par le gouvernement de ce pays sur les exportations à destination du pays du

270. *Supra*, note 168, p. 165; voir aussi l'affaire *Owen*, *supra*, note 159, p. 171-172, Lord Denning : « All this had to the conclusion that the performance guarantee stands on a similar footing to a letter of credit ».

271. *Supra*, note 210, p. 995.

272. *Id.* ; aussi *Howe Richardson Scale*, *supra*, note 168, p. 165 :

the obligation of the bank is to perform that which is required to perform [...], and that obligation does not in the ordinary way depend on the correct resolution of a dispute as to the sufficiency of performance by the seller to the buyer or by the buyer to the seller as the case may be under the sale and purchase contract ; the bank here is simply concerned to see whether the event has happened upon which its obligation to pay has arisen.

bénéficiaire, n'a pu faire valoir ce moyen de défense à l'encontre de l'appel en garantie par le bénéficiaire²⁷³. En Europe continentale aussi, il fut jugé qu'une politique de contrôle des changes ou tout autre acte du prince qui justifie le défaut du donneur d'ordre ne pouvait nuire aux droits du bénéficiaire en vertu du crédit documentaire²⁷⁴. Même la nullité éventuelle du contrat de base ne devrait pas non plus faire échec au paiement de la garantie²⁷⁵ sauf, peut-être, l'hypothèse où ce contrat serait contraire à l'ordre public international²⁷⁶.

Ensuite, la garantie est aussi indépendante du rapport existant entre le garant et le donneur d'ordre. Les exceptions opposables par le premier au second ne peuvent valoir contre le bénéficiaire. C'est ainsi qu'il est unanimement admis que le garant ne peut opposer au bénéficiaire un moyen de défense à l'effet que le donneur d'ordre ne lui a pas fourni les fonds exigés lors de la convention d'ouverture de crédit passée entre eux²⁷⁷. De même lorsque la lettre de garantie ne correspond pas au texte de la convention intervenue entre le garant et le donneur d'ordre, l'autonomie de la garantie doit recevoir application et elle a préséance sur les dispositions initiales du contrat de demande d'ouverture de crédit ou des amendements subséquents apportés à celui-ci²⁷⁸.

273. *American Steel Co. v. Irving National Bank*, 266 F. 41 (2 Cir. 1920), cert. refusé 258 U.S. 617 (1922); *KMW Int'l v. Chase Manhattan Bank*, 606 F. 2d 10 (2d Cir. 1979) pour un autre cas de force majeure.

274. En France: Cass. Com., 23 mars 1955, *J.C.P.* 1955.II.8838, note STOUFFLET; pour des jugements similaires en Italie et en Allemagne, v. KOZOLCHYK, Chap. 5, « Letters of Credit », in J. ZIEGEL (ed.), vol. 9, *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1979, p. 120, n° 213.

275. Même s'il n'est pas toujours nécessaire de le préciser, certaines garanties automatiques sont claires sur ce point. Ainsi, la clause suivante d'une garantie délivrée par l'Union des Banques suisses à la Snim: « nous nous engageons par la présente, d'une manière irrévocable à payer, indépendamment de la validité et des effets juridiques du contrat en question [...] ».

276. La notion d'ordre public devrait s'interpréter restrictivement, v. S. VELU, *supra*, note 78, 238. De même, selon VAN LIER, *supra*, note 36, p. 354: l'exception pour atteinte à l'ordre public étranger ne doit être retenue que s'il est démontré que cette transgression est aussi contraire au droit national du tribunal saisi.

277. B. KOZOLCHYK, *supra*, note 241, 364; re *Roglino & Co. v. Webster*, 217 A.D. 282, 216 N.Y.S. 225, p. 235-236 (1926).

278. *C.D.N. Research and Development Ltd. v. Bank of Nova Scotia et al.*, (1981) 122 D.L.R. (3d) 485, p. 490: « [...] the fact that the application (demande d'ouverture de crédit) refers to an irrevocable letter of credit is of no consequence when the letter of credit is silent on the subject. ». En appel, cette opinion du juge de première instance n'a pas été désavouée; même si la Cour de division conclut qu'il s'agissait d'une garantie de bonne fin irrévocable, c'était pour une autre raison, v. *C.D.N. Research and Development Ltd. v. Bank of Nova Scotia et al.*, (1983) 39 O.R. (2d) 13, p. 17 où la Cour affirme qu'il y a présomption d'irrévocabilité en cas de silence de la garantie bancaire, *infra*, note 394.

3.2.2.1.2. L'application des règles du billet promissoire

Le caractère spécifique des garanties automatiques explique que les règles du crédit documentaire sont assez souvent écartées. En effet, le paiement d'un crédit documentaire est toujours conditionnel à la production auprès de la banque de documents translatifs de titre de propriété et prouvant les qualité et quantité de la marchandise, tels les factures commerciales, certificats d'origine ou d'inspection et les connaissements, ce qui n'est pas le cas pour les garanties automatiques. Dans le cas de ce type de garantie, il s'agit quasiment d'un billet promissoire payable sur demande²⁷⁹ et ainsi le degré d'indépendance de la garantie est alors poussé à sa limite. D'aucuns admettent alors que la banque ne peut faire autrement que de vérifier l'identité du bénéficiaire et l'authenticité de sa signature²⁸⁰. S'agissant de la signature, le garant pourrait limiter les risques d'un faux paiement en obtenant que la déclaration de paiement de la garantie signée du bénéficiaire soit dûment authentifiée par la C.C.I. Quant à l'identité du bénéficiaire, le garant pourra aussi se protéger en imposant que la demande de paiement lui parvienne par l'intermédiaire d'une banque de premier ordre avec une déclaration de cette dernière certifiant que les signatures qui y figurent engagent valablement le bénéficiaire.

3.2.2.2. Le cas de la modification de l'opération de base

Dire que la garantie payable automatiquement équivaut à un billet promissoire, en plus d'être contestable²⁸¹, ne vide pas la question des droits et obligations des parties à la garantie. D'ailleurs, en matière d'effets de commerce, le principe de base est bien la protection des tiers innocents face aux injustices que peut engendrer la négociabilité desdits effets²⁸². Or la

279. Re *Owen*, *supra*, note 159, p. 171 et 174.

280. B. KOZOLCHYK, *supra*, note 241, p. 329. La question de l'identité du bénéficiaire de la garantie peut poser un problème d'ordre légal lorsque celui-ci est un administrateur quelconque d'une société. Faut-il alors présenter à la banque une résolution du Conseil d'administration ou les actes minutés de l'assemblée des actionnaires autorisant le bénéficiaire à obtenir le produit de la garantie ? ; v. KOZOLCHYK, *id.*, 354 qui cite l'affaire *Bank of North Carolina v. Rock Island Bank*, 570 F. 2d 202, (7th Cir. 1978), renversé par renvoi, 630 F. 2d 1243 (7th Cir. 1980).

281. C.M. SCHMITTHOFF, « Export Trade », [1977] *J. of Bus. L.*, 351, 353.

282. Voir à ce sujet les moyens de défense qui diffèrent selon qu'il s'agit des parties immédiates à la lettre de change ou d'un tiers détenteur régulier, v. A. BOHEMIER, *Précis de droit des effets de commerce*, Ottawa, Beauchemin, 1978, 123.

garantie contractuelle n'est pas négociable, de sorte qu'il s'agit presque toujours d'un litige opposant les parties immédiates²⁸³.

3.2.2.2.1. Le changement au contenu

A : Sans le consentement du donneur d'ordre

En principe, le donneur d'ordre n'est obligé que dans les limites de son engagement exprès suivant le contrat de base. Dans le cas où la garantie de soumission payable à première demande se limite à un renvoi à la soumission du donneur d'ordre, on admet, en vertu du principe de bonne foi, que la garantie ne peut être réalisée qu'en cas de refus du donneur d'ordre de contracter suivant les termes de son offre²⁸⁴. Nous croyons qu'une solution identique devrait prévaloir en cas de garantie de bonne fin si, en cours d'exécution du contrat, le bénéficiaire entend le modifier substantiellement. Il faudrait toutefois réserver l'hypothèse où les modifications sont mineures et pour ainsi dire nécessaires à la réussite du projet.

B : Avec le consentement du donneur d'ordre

L'un des avantages de la garantie sur les autres sûretés réside dans la liberté de modifier l'opération de base sans que la garantie n'en soit affectée²⁸⁵. Dans le contrat initial, il est presque inévitable que les parties apportent des changements en cours d'exécution du contrat et ce, particulièrement lorsqu'il s'agit d'une prestation complexe, comme la construction d'une usine « clé en main ». Or, il est généralement admis que pareille modification du rapport de base ne libère pas le garant de son engagement puisqu'il suffit que l'appel de la garantie se fasse conformément au texte même de la garantie. En fait, cette condition sera généralement remplie

283. La question de savoir si la garantie est consentie *intuitu personae* n'est pas définitivement résolue. Bien que l'hypothèse soit rare (cas de transfert de propriété d'entreprise ou de fusion), une certaine doctrine admet que le bénéficiaire peut valablement transmettre ses droits en vertu de la garantie sauf disposition contraire empêchant leur cessibilité, v. K. PLEYER, *supra*, note 245, p. 194.

284. M. DUBISSON, *supra*, note 35, p. 116; H. LESGUILLONS, « Conclusion générale », in *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, p. 429 qui pense que si la soumission diffère du contenu du cahier des charges elle peut être considérée comme irrégulière et justifier la confiscation de la garantie.

285. Tel n'est pas le cas du contrat d'assurance, par exemple, où le bénéficiaire ne doit pas poser d'actes pouvant préjudicier aux droits de l'assureur contre l'exportateur, v. GRAHAM et MATEJCEK, *supra*, note 81, p. 56 et 66.

puisque la garantie va souvent soit référer en termes très vagues au contrat de base — d'où le garant ne pourra invoquer les modifications apportées à ce contrat —²⁸⁶, soit exclure expressément que le garant puisse se prévaloir, à l'encontre du bénéficiaire, de toute exception tirée du changement apporté au lien contractuel initial²⁸⁷.

Cette opinion ne fait pas l'unanimité. Même s'il n'y a pas de décision judiciaire sur la question, une partie de la doctrine est d'avis qu'il y a des situations où le contrat de base a été si profondément modifié qu'il ne correspond plus à l'opération initiale. On soutient alors que la garantie étant toujours accordée en rapport avec un contrat donné²⁸⁸, le garant n'est plus obligé par sa stipulation s'il se trouve face à un nouveau contrat qui a accru sa responsabilité en multipliant le risque d'appel à la garantie, à moins qu'il n'ait acquiescé à cette modification²⁸⁹.

3.2.2.2. La prorogation de la durée de validité de la garantie

Lors de l'exécution du contrat de base, il arrive pour diverses raisons que les délais d'échéance de la fin des travaux ne soient pas respectés. Les parties au contrat de base peuvent alors convenir, outre les dédommagements pouvant être exigés de l'entrepreneur-donneur d'ordre, le cas échéant, de reconduire la durée de validité de la garantie pour qu'elle corresponde à la nouvelle date projetée pour la fin d'exécution du contrat de base. Cette mesure vise en premier lieu la garantie de bonne fin qui expire normalement après la réception définitive des travaux, mais il peut s'agir aussi de la garantie en restitution d'acomptes laquelle vient habituellement à expiration après la réception provisoire²⁹⁰. Est-il nécessaire, dans ce cas, d'avoir le consentement du garant ? Cela semble évident puisque le donneur d'ordre est juridiquement étranger au contrat de garantie. Dès lors, une seule partie, le bénéficiaire, ne saurait modifier à son gré des dispositions contractuelles sans l'assentiment de l'autre partie, le garant. Pourtant, la pratique démontre que le garant se rallie presque toujours à la volonté du donneur d'ordre visant à prolonger la durée de la garantie. Cette docilité du garant n'est

286. La banque n'est pas à blâmer pour cette situation puisqu'on lui demande généralement d'émettre la garantie avant même de lui transmettre le contenu du contrat de base, v. VILLEREY, *supra*, note 192, p. 272.

287. VELU, *supra*, note 78, p. 237-238 ; POULLET, *supra*, note 37, p. 422.

288. Cour de Paris, 14 novembre 1978, D. 1979.259, note VASSEUR.

289. VILLEREY, *supra*, note 192 ; A. MAZZONI, « Les garanties bancaires en droit italien », in *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, 279, p. 298.

290. Exception faite du simple contrat de fourniture de matériaux où la garantie de remboursement d'avances échoit, en principe, lors de la présentation des connaissances.

qu'apparente. En effet, dès la demande d'ouverture de crédit, la banque exigera la constitution de sûretés suffisantes — y compris, au besoin, le nantissement du marché en question — afin de ne pas avoir à poursuivre son client-donneur d'ordre devenu failli ou insolvable. Mais, en principe, nous pensons que le garant serait justifié de refuser toute prorogation de la durée de garantie²⁹¹ à moins que les dispositions du droit applicable choisi par les parties ou déterminé par les règles du droit international privé ne prescrivent le contraire²⁹².

3.2.2.2.3. La solution de la C.C.I.

*Les Règles uniformes pour les garanties contractuelles*²⁹³, à l'article 7, prévoient les cas des garanties de bonne fin, de soumission et de remboursement d'avances. Cet article distingue aussi selon que la modification affecte uniquement le contenu du contrat de base ou qu'elle s'étend aussi à la prorogation de la garantie. En principe, toute modification de la soumission originale ou de la durée de la garantie n'est pas opposable au garant à moins qu'il n'ait notifié au bénéficiaire que la garantie de soumission tenait nonobstant tout changement à la soumission ou que la date de validité était prorogée²⁹⁴. Quant à la garantie de bonne fin ou de restitution d'acomptes, le garant, règle générale, demeure obligé dans les limites de la garantie initiale en dépit de toute modification au contrat de base²⁹⁵. Notons toutefois que ces dispositions de la C.C.I. sont restées des vœux pieux, les opérateurs du commerce international n'y ayant pratiquement jamais référé²⁹⁶.

291. D'autant plus que les garanties contiennent généralement des clauses du genre : « Les effets de la garantie expirent à la présentation du certificat de conformité et au plus tard (...). Passée cette date, le garant n'est plus redevable en vertu de la garantie. » ou, mieux encore : « Le présent engagement, au-delà de telle date, est réputé nul et non avenu, même en cas de non-restitution et ne pourra plus être mis en jeu ».

292. Certains pays excluent la stipulation d'une date limite de la garantie ou lui dénie toute valeur ; d'autres prévoient que l'engagement du garant ne cesse qu'avec la remise du document de la garantie ; d'autres, enfin, soumettent la garantie, pour sa durée, à la prescription légale nonobstant toute convention des parties, v. POULLET, *supra*, note 37, p. 420 ; VELU, *supra*, note 78, p. 237.

293. Publication C.C.I., *supra*, note 31.

294. *Id.*, art. 7, parag. 1.

295. *Id.*, art. 7, parag. 2.

296. POULLET, *supra*, note 36, 37. À titre d'exception, nous avons relevé des garanties émises par le Crédit Lyonnais au bénéfice de la Snim qui étaient soumises à ces Règles.

3.2.3. Les rapports entre le donneur d'ordre et le garant

3.2.3.1. Le devoir de conseil du garant ²⁹⁷

L'obligation pour la banque de bien conseiller son client, le donneur d'ordre, semble être reconnue en droit comparé mais dans des limites bien précises. C'est ainsi que la jurisprudence d'Europe continentale admet que la lettre d'ordre qui reflète le texte de la garantie et qui est imposée par le futur bénéficiaire de la garantie ne doit pas être servilement adoptée par la banque. Celle-ci doit signaler à son client non seulement les irrégularités et vices que comporte le texte en question mais aussi la portée des conséquences qu'entraînerait pour le donneur d'ordre la réalisation de la garantie ²⁹⁸.

En droit américain, on reconnaît que l'obligation de rédiger la demande d'émission de la garantie revient, en principe, au donneur d'ordre ²⁹⁹ mais on distingue les cas où le client s'adresserait à la banque pour obtenir son assistance aux fins de rédiger la lettre de garantie. Dans ce dernier cas, et selon l'expérience qu'a le client de ce type de transaction, un certain devoir de conseil du garant pourrait exister ³⁰⁰. À titre d'exemple, si les instructions du client de la banque ne comportent pas toutes les conditions normalement requises pour l'exécution d'un crédit, le banquier devra sensibiliser le donneur d'ordre à cet état de fait et le mettre en garde contre les conséquences pouvant découler d'un tel manquement ³⁰¹.

Au Canada, il n'existe pas de décision jurisprudentielle sur la question. Cependant, les quelques auteurs qui se sont penchés sur la question admettent aussi, non sans réserves, que le banquier garant aurait une certaine obligation de conseil dans la rédaction du texte du crédit ³⁰². C'est ainsi que le banquier se doit de « veiller à ce que les termes du crédit soient rédigés d'une façon adéquate [...] conformément aux pratiques et usages relatifs aux formes de la lettre de crédit. » ³⁰³

297. Ce paragraphe s'inspire en fait des solutions élaborées en grande partie pour le crédit documentaire.

298. VASSEUR, *supra*, note 161, p. 335.

299. B. KOZOLCHYK, « Letter of Credit in Court: an Expert Testifies », (1982) *Banking L.J.*, 340, p. 343.

300. *Id.*, p. 344; la banque pourrait même être considérée comme l'« agent » de son client, v. B. KOZOLCHYK, *Commercial Letters of Credit in the Americas*, New York, Matthew Bender and Company, 1966, 234.

301. KOZOLCHYK, *id.*, p. 245.

302. D. DESJARDINS, « Le banquier et les ventes internationales », (1982) *Meredith Lect.* 131, p. 152; aussi M. POMERLEAU, *supra*, note 209, p. 135 qui parle d'un « devoir de diligence » de la banque.

303. DESJARDINS, *id.*, p. 153.

L'on voit donc que ce devoir de conseil demeure très imprécis dans son étendue et n'a pas eu jusqu'ici de conséquences sur les rapports entre le garant et le donneur d'ordre. Les cours devraient y apporter une attention particulière d'autant plus qu'il pourrait être tentant pour un exportateur déçu d'une transaction d'invoquer un manquement quelconque à ce devoir de conseil du garant lors de la demande de garantie et ce, pour faire supporter à ce dernier les conséquences néfastes de cette transaction³⁰⁴. Or, il ne faut pas perdre de vue que nul mieux que l'exportateur-donneur d'ordre,

connaissant les termes de son contrat et les usages dans sa profession, ne saurait être qualifié pour donner à l'ouverture de crédit la rigueur nécessaire.³⁰⁵

3.2.3.2. Nature légale du lien entre le garant et le donneur d'ordre

Plusieurs théories juridiques sont mises de l'avant pour rendre compte de la relation qui existe entre le garant et le donneur d'ordre suite à l'émission d'une garantie. Si tous sont d'accord pour dire qu'il y a un contrat entre les deux parties³⁰⁶, la doctrine est divisée lorsqu'il s'agit de déterminer la nature de ce contrat. Une première opinion, principalement défendue par les auteurs français, analyse le rapport entre la banque garante et son client comme une convention de crédit³⁰⁷ ou un contrat de crédit s'il était convenu que le garant paierait, en tout ou partie, à découvert³⁰⁸. La deuxième tendance, apparemment majoritaire, considère ledit rapport comme un mandat. Elle justifie cette analyse par le fait que le mandat peut ne pas être représentatif mais doit être entendu au sens large, ce qui inclut alors l'invitation donnée par le donneur d'ordre ou garant³⁰⁹.

La qualification du lien entre le garant et le donneur d'ordre de mandat est dénoncée par la doctrine belge principalement au motif que l'obligation du garant est une prestation juridique assumée personnellement par le garant à la différence du mandataire qui s'engage au nom et pour le compte de son mandant³¹⁰. Si l'on retient, par analogie, le raisonnement du professeur Van

304. Cour d'appel de Bruxelles, 18 décembre 1981, (1982) *Rev. Banque*, p. 121; L. SIMONT et A. BRUYNEEL, « Chronique de droit bancaire privé », (1980) *Rev. Banque*, 103 et A. BRUYNEEL, « Chronique de droit bancaire privé », (1980) *Rev. Banque*, n. 43, p. 103.

305. A. BOUDINOT, *Pratique du Crédit documentaire*, Paris, Éditions Sirey, 1979, p. 123.

306. Voir cependant B. KOZOLCHYK, *supra*, note 301, p. 342 pour lequel il pourrait ainsi s'agir d'un quasi-contrat.

307. Commentaires M. VASSEUR, *D.* 1983.I.R. 297.

308. C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *supra*, note 44, p. 21.

309. M. VASSEUR, « Discussions », in *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, p. 418.

310. S. VELU, *supra*, note 78, p. 236; la même solution est adoptée pour le crédit documentaire irrévocable, v. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. III, Bruxelles, Ets. Émile Bruylant, 1960, n° 2170, p. 379; Trib. Comm. Bruxelles, 27 novembre 1948, (1949) *Jurisp. Comm. Brux.*, 271.

Ryn en ce qui a trait à la nature juridique du crédit documentaire irrévocable³¹¹, on verrait dans la convention passée entre le garant et le donneur d'ordre, à tout le moins si la garantie porte sur une obligation de payer, une dation de crédit personnel³¹².

3.2.3.3. Les recours du garant contre le donneur d'ordre

La nature juridique controversée du rapport liant le banquier et son client n'empêche pas que le garant, après paiement de la garantie, se retourne contre le donneur d'ordre pour se faire rembourser. D'ailleurs l'obligation pour le donneur d'ordre d'indemniser le garant est semblable, par sa rigueur, à l'obligation pour le garant de s'exécuter dès que le texte de la garantie est respecté³¹³. Le fondement indiscuté de ce recours du garant est d'ordre contractuel vu la convention de financement passée entre les deux parties³¹⁴. Cela est si vrai que le garant, pour se faire rembourser par le donneur d'ordre, devra se référer à cette convention et non au contrat de garantie advenant le cas où l'émission de la garantie n'aurait pas respecté les instructions du donneur d'ordre³¹⁵.

On peut aussi envisager la possibilité d'une cession de créance conclue lors de l'obtention de la garantie et qui fonderait alors l'action en remboursement du garant³¹⁶. En troisième lieu, en cas de nullité et du contrat de base et de la convention d'ouverture de crédit, des auteurs admettent alors un recours fondé sur la gestion d'affaires ou l'enrichissement sans cause³¹⁷. Finalement, il ne semble pas possible pour le garant de plaider la subrogation car, en exécutant son engagement, il se trouve à acquitter sa propre dette et non celle d'autrui³¹⁸.

311. Même la nature du crédit documentaire ne fait pas l'unanimité; certains y voient un louage d'ouvrage, d'autres un mandat, v. VAN RYN, *id.*

312. VAN RYN, *id.*, p. 380; aussi H. VAN LIER, *supra*, note 36, p. 355.

313. Paris, 22 juin 1978, D. 1979.II.260, note Vasseur qui a reconnu l'action en restitution même au cas où le bénéficiaire a, par la suite, avoué avoir fait appel, à tort à la garantie.

314. P. DESMET, «Le contrat de garantie: examen de quelques problèmes techniques particuliers», *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, p. 121; GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, p. 21; le plus souvent d'ailleurs la banque n'aura qu'à débiter le compte de son client d'un montant équivalant à celui de la garantie. Au cas où ces fonds sont insuffisants, elle convertit le montant de la garantie en un prêt qui lui revient alors en vertu du texte de la demande d'ouverture de crédit, v. W.C. GRAHAM et MATEJCEK, *supra*, note 81, p. 51.

315. GAVALDA et STOUFFLET, *id.*

316. VAN LIER, *supra*, note 36, p. 355 qui cite BARMAN, *Les garanties de crédit en droit allemand*, doc. fr. du ministère de la Justice, Paris, 1978, p. 96; VELU, *supra*, note 78, p. 245.

317. Voir, en droit italien: A. MAZZONI, *supra*, note 291, p. 305.

318. VAN LIER, *supra*, note 36, p. 355; au contr. MAZZONI, *id.* et VELU, *supra*, note 78, p. 245. Cette dernière approche nous semble méconnaître le caractère autonome de la garantie.

3.2.4. Les rapports entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire

Il peut paraître surprenant de parler de liens de droit entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire en vertu de la garantie, le premier, étant juridiquement étranger à la garantie, ne peut s'immiscer dans le processus de réalisation de celle-ci³¹⁹. Toutefois, la réalité économique de l'opération de base, à l'origine de l'émission de la garantie, va justifier certains recours dans la phase qui suit l'exécution de la garantie.

Le caractère autonome de la garantie ne joue plus dans les disputes contractuelles qui naîtraient entre les parties au contrat de base une fois la garantie réalisée. La garantie sera alors soumise à l'opération commerciale de base³²⁰. Tout se passe alors comme si le garant a payé la dette du donneur d'ordre³²¹. D'ailleurs, si tel n'était pas le cas, le bénéficiaire pourrait s'enrichir indûment puisqu'il est admis que si le garant l'a payé suite à une demande non abusive mais qui s'avère ultérieurement injustifiée, ce dernier n'a pas de recours en restitution de l'indu³²².

En l'état actuel du droit comparé, l'on admet que le donneur d'ordre — qui a eu à indemniser le garant — ait un droit d'action pour se faire rembourser³²³ non seulement en cas d'appel abusif à la garantie mais aussi s'il y a eu paiement en trop en vertu de la garantie³²⁴ ou si le bénéficiaire a appelé la garantie alors que l'obligation pour l'exécution de laquelle la garantie a été émise n'était pas due³²⁵. Ces recours trouvent leur fondement dans le contrat de base et plus précisément dans le principe d'exécution de bonne foi par les parties du contrat qui les lie³²⁶.

3.2.5. Rapports des parties dans le cas de la contre-garantie

Nous abordons ici l'hypothèse très fréquente où le bénéficiaire exige et obtient que la garantie soit émise par une banque de son pays (banque garante)³²⁷ qui se fait contre-garantir en conséquence par la banque du

319. Exception faite de la fraude, v. *infra* Partie 4.

320. *Steinmeyer v. Warner Consolidated Corporation*, 116 Cal. Rptr. 57 (Ct. App. 1974) citée dans B. KOZOLCHYK, *supra*, note 275, p. 128; GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, p. 22.

321. GAVALDA et STOUFFLET, *id.*

322. M. VASSEUR, *supra*, note 161, p. 356.

323. Cass. Comm. (France), 14 octobre 1981, *Semaine Juridique*, 1982, II, n° 19.815 et note GAVALDA et STOUFFLET.

324. VAN LIER, *supra*, note 36, p. 356.

325. GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, p. 22.

326. VAN LIER, *id.*

327. Situation différente du cas où la banque de la nationalité du bénéficiaire de la garantie ne fait que notifier une garantie émise par la banque du donneur d'ordre sans en émettre une

donneur d'ordre (banque contre-garante)³²⁸. Nous avons déjà évoqué l'avantage d'une telle solution pour le bénéficiaire³²⁹. Ajoutons que cette pratique est parfois imposée légalement dans certains pays, la banque garante devant être agréée par un organisme public ou semi-public³³⁰.

3.2.5.1. Droits de la banque émettrice en cas de contre-garantie

Il est généralement admis que la banque qui s'engage en faveur du bénéficiaire à la demande de la banque contre-garante dispose d'un droit d'action contre cette dernière en vertu de la convention — une garantie de remboursement — qui les lie³³¹. Également, l'on admet que la banque garante ait un recours contre le donneur d'ordre en vertu des règles du mandat³³². Cela reviendrait, selon nous, à admettre que les droits et obligations des parties selon la garantie initiale ont été incorporés dans la convention liant les banques garante et contre-garante³³³. Cette solution favorise la banque garante qui pourrait alors chercher à se faire rembourser auprès du donneur d'ordre en cas d'insolvabilité de la banque contre-garante³³⁴.

elle-même. Dans ce cas, elle ne s'engage en rien, son rôle étant similaire à celui de la banque notificatrice, par opposition à la banque confirmatrice, en matière de crédit documentaire, v. W.C. GRAHAM, *supra*, note 94, p. 104.

328. La dénomination de banque contre-garante est généralement acceptée, contr. B. KLEINER, *supra*, note 242, p. 206 pour lequel il ne peut être question de contre-garantie qu'au cas où le donneur d'ordre donnerait lui-même un mandat à la banque du bénéficiaire de la garantie, autrement c'est un mandat que la banque du donneur d'ordre donne à la deuxième banque puisque celle-ci ne peut garantir son propre engagement.

329. Voir I.3.1.1.

330. C'est le cas en Mauritanie pour les marchés de travaux signés avec la Snim. Les bénéficiaires de ces contrats doivent fournir une « caution » constituée auprès d'un établissement bancaire agréé par la Snim, sauf stipulations spéciales dans le Cahier des charges particulières, v. *Cahier des clauses générales*, n. 66, art. 4. La France impose aussi pareille obligation dans le cas des marchés publics, le garant devant compter parmi les établissements financiers agréés par le ministère des Finances, v. *Rép. com.*, 2^e éd., v. Cautionnement, par P. JESTAZ, n° 44.

331. GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, p. 22-23.

332. *Id.*

333. Cette opinion est controversée, citons en faveur : B. KLEINER, « Discussions », in *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, p. 423 ; à l'opposé d'autres sont plus prudents et pensent que la réponse dépend du contrat de confirmation ou de contre-garantie, v. J.A. CREMADES, « Discussions », *id.*

334. En matière de crédit documentaire, la responsabilité de l'acheteur donneur d'ordre est engagée en cas d'insolvabilité de la banque garante entraînant le non-paiement du crédit documentaire et ce en dépit du principe de base à l'effet que si une opération de vente doit être réglée par un crédit documentaire, seul ce moyen de paiement peut être exigé, cf. C.-M. SCHMITTHOFF, « Export Trade », 1978 *J.B.L.* p. 71 et causes y citées. Cette entorse

On peut opposer à cette analyse le principe que le donneur d'ordre est étranger à l'entente conclue entre les deux banques³³⁵. Cette objection ne tient cependant pas compte du fait que la contre-garantie a été accordée conformément aux instructions du donneur d'ordre dont le compte peut être débité automatiquement suite à l'appel de la contre-garantie. C'est pour cette raison qu'une certaine jurisprudence a passé outre à l'objection en reconnaissant la validité du recours direct du donneur d'ordre, au moins à titre préventif, contre la banque garante dans le cas d'une contre-garantie³³⁶. Or, il nous semble logique — si le droit d'action du donneur d'ordre venait à être reconnu — d'admettre, en contrepartie, qu'il puisse à son tour être poursuivi par la banque qui s'est engagée moyennant la contre-garantie d'une autre banque délivrée à la demande expresse du donneur d'ordre. Cette solution vaudrait à tout le moins dans les cas où la banque garante, n'ayant pas de recours contre le bénéficiaire³³⁷, ne pourrait se faire indemniser par la banque contre-garante devenue insolvable.

3.2.5.2. Les obligations de la banque contre-garante

L'originalité de la contre-garantie est d'éliminer tout droit du bénéficiaire à l'égard de la banque contre-garante. Il est généralement admis, en effet, que celle-ci n'est redevable que vis-à-vis de la banque garante³³⁸. Aussi, lorsque la banque contre-garante s'est limitée à donner un ordre pour compte, elle n'est nullement engagée à l'égard du bénéficiaire. Elle doit seulement couvrir la banque garante des deniers déboursés par celle-ci conformément aux termes de l'accréditif³³⁹.

au principe pourrait s'appliquer par analogie à la garantie et en faveur de la banque garante.

335. Cour de Paris, 29 novembre 1982, *D.* 1983.I.R. 302 et note VASSEUR.

336. *Id.*, en droit américain, malgré l'existence d'un texte légal, l'article 5-103(1) du *Uniform Commercial Code*, qui stipule l'absence de lien contractuel entre la banque confirmatrice et le donneur d'ordre, un droit d'action contre cette banque a néanmoins été reconnu à celui-ci en cas de fraude ou de négligence dans le paiement du crédit, v. *re Indeco v. Continental Illinois National Bank*, 32 U.C.C.Rep. Serv. (Callaghan) 1564 (N.D. Ill. 1982) citée dans FARRAR, « Letters of Credit », (1983) 38 *Business Lawyer*, 1169, 1173; nous verrons toutefois (*infra*, 4.2.) que cette jurisprudence ne fait pas l'unanimité.

337. VASSEUR, *supra*, note 161, 356.

338. Cour de Paris, 16 juin 1950, *Gaz. Pal.* 1950.2.304, et conclusion de l'avocat général Cunéo (sur banque confirmatrice en crédit documentaire); affaire belge commentée par L. SIMONT, « Questions susceptibles de se poser lors de l'appel d'une garantie bancaire autonome », in *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, p. 479; Trib. Grde Instance de Montluçon, 9 janvier 1981, *D.* 1981.II.390.

339. Cour de Paris, *id.*

4. Les motifs de non-exécution de la garantie contractuelle

4.1. L'exception au principe de l'autonomie de la garantie : la fraude

La garantie contractuelle est un contrat autonome par rapport à la transaction de base. Nous avons déjà vu que le garant doit honorer son engagement sur présentation de documents conformes aux instructions de la garantie sans se soucier d'un éventuel litige relatif au contrat initial. En cas de garantie automatique, il y a encore moins de place pour l'appréciation du garant. Toutefois, la rigueur de ce principe a favorisé des abus de la part du bénéficiaire amenant ainsi les tribunaux à apporter des tempéraments à l'indépendance de la garantie contractuelle. Nous avons parlé de la fraude, notion unanimement invoquée mais dont la portée reste à délimiter.

4.1.1. La justification de l'exception de fraude

L'opinion doctrinale majoritaire est d'avis que l'exception de fraude s'explique par les agissements du bénéficiaire à l'égard du garant. Cette opinion se justifie mieux, selon nous, en matière de crédit documentaire où la banque garante accorde le crédit, en partie, en échange de la réception de documents translatifs du titre de propriété. Si le bénéficiaire ne remet donc pas lesdits documents ou si ceux-ci sont forgés ou ne correspondent pas à la marchandise prévue, il y a manquement du bénéficiaire à son obligation à l'égard du garant qui ne pourra alors disposer d'une sûreté valable³⁴⁰.

Toutefois, s'agissant des garanties contractuelles, en particulier de celles à première demande, il ne peut être question de documents constitutifs d'une sûreté entre les mains du garant. L'unique but de ces documents est d'amener le banquier garant à payer un montant déterminé par suite du défaut présumé de la part du donneur d'ordre. L'on admet néanmoins que le bénéficiaire contrevient à son obligation de bonne foi envers le garant s'il fait un appel frauduleux à la garantie³⁴¹. Mais la fraude du bénéficiaire peut aussi s'expliquer par ses agissements vis-à-vis du donneur d'ordre et c'est dans ce sens que la Cour d'appel de Bruxelles a jugé que l'appel abusif à la garantie équivaudrait à « une tentative de spoliation du donneur d'ordre par une voie de fait. »³⁴²

340. ZIEGEL et GEVA, *supra*, note 246, p. 922.

341. Le garant a alors, dit-on, un « droit et un devoir propres de refuser le paiement », v. POULLET, *supra*, note 37, p. 426.

342. Cour d'appel de Bruxelles, 1981, reproduit partiellement dans (1982) *Rev. Banque*, 118.

4.1.2. La fraude confinée au contrat de garantie

Une partie de la doctrine affirme que la fraude, pour empêcher la réalisation de la garantie, doit se référer aux seuls documents requis³⁴³. On estime alors qu'il y a fraude lorsque les documents sont forgés ou frauduleux. De plus, ils ne doivent pas avoir été transférés à un tiers de bonne foi, ce qui est presque toujours le cas dans la garantie contractuelle³⁴⁴. C'est notamment l'interprétation que fait le juge Lord Browne des arrêts *Sztejn*³⁴⁵ et *Bank Russo-Iran*³⁴⁶ :

that exception [à l'autonomie de la garantie] is that where the documents under the credit are *presented by the beneficiary himself* and the bank knows when the documents are presented that [they] are *forged or fraudulent*, the bank is entitled to refuse payment.³⁴⁷

Ce passage est un classique qui rend compte des critères unanimement retenus en matière de fraude dans les documents. Certaines tentatives ont été faites pour élargir la notion de fraude dans les documents. C'est ainsi que certains pensent que même les documents faux, c'est-à-dire contenant des appréciations de faits erronées, justifient le garant de refuser le paiement même si leur authenticité n'est pas contestée³⁴⁸.

À l'opposé de cette tendance, un jugement récent est venu limiter l'étendue de la fraude. Dans cette affaire³⁴⁹, il était question d'une vente de biens d'équipement financée par un crédit documentaire irrévocable. Le vendeur bénéficiaire, pour se faire payer, devait soumettre au garant un connaissance attestant que la marchandise a été expédiée au plus tard le 15 décembre 1976. Lors de la présentation, le document mentionnait la date réelle d'expédition, soit le 16 décembre. La banque refusa de payer. Le

343. H. HARFIELD, *Bank Credits and Acceptances*, 5th ed., New York, Ronald Press Co., 1974, p. 82-83 pour qui l'expression « fraude dans la transaction » telle qu'énoncée par l'affaire *Sztejn v. Henry Schroeder Banking Corp.*, (1941), 31 N.Y.S. (2d) 631 (sup. Ct. 1941), réfère à la transaction documentaire.

344. Sauf dans de rares cas, tel le cessionnaire d'une entreprise bénéficiaire d'une garantie.

345. HARFIELD, *id.*

346. *Bank Russo-Iran v. Gordon Woodroffe & Co. Ltd.*, 3 octobre 1972, non rapporté, citée dans *re Owen*, *supra*, note 159.

347. *Re Owen*, *supra*, note 159, p. 173, (soulignés de nous).

348. *Old Colony Trust Co. v. Lawyer's Title & Trust Co.*, 2 Cir., 297 F. 152, p. 158 :

obviously, when the issuer of a letter of credit knows that a document, although correct in form, is, in point of fact, false or illegal, he cannot be called upon to recognize such a document as complying with the terms of a letter of credit ;

et jurisprudence au même effet citées avec approbation dans l'affaire *Sztejn*, p. 635 ; aussi L.G. BECKERS, *supra*, note 14, p. 179.

349. *United City Merchants (Invs) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, (1982) 2 W.L.R. 1039.

connaissance fut alors modifié par le transporteur qui mentionna la date du 15 décembre comme étant celle de l'expédition. Nouveau refus de la banque, d'où le recours devant les tribunaux. La banque garante justifiait son attitude par le fait que l'employé de la compagnie de navigation avait agi en qualité de mandataire (« agent ») des demandeurs lorsqu'il a falsifié la date d'expédition. La Chambre des Lords rétablit la décision du premier juge³⁵⁰ que la Cour d'appel avait renversée³⁵¹. Lord Diplock delimita alors l'étendue de la fraude en ces termes :

to this general statement of principle as to the contractual obligations of the confirming bank to the seller, there is one established exception : that is, where the seller, for the purpose of drawing on the credit, fraudulently presents to the confirming bank documents that contain, expressly or by implication, *material representations of fact that to his knowledge are untrue*.³⁵²

Cet arrêt qui limite l'exception de fraude documentaire au cas où des modifications de faits significatifs ont été apportées, si ce n'est avec la complicité du bénéficiaire, du moins à sa connaissance a soulevé une vague de critiques³⁵³. C'est ainsi que dans l'affaire *Henderson* rendue en Colombie britannique, le juge Berger est allé jusqu'à dire que le jugement de la Chambre des Lords rendait l'exception de fraude illusoire, en particulier dans le cas d'une lettre de crédit payable sans conditions³⁵⁴.

L'affaire *United City Merchants*, dont le raisonnement peut être transposé à la garantie documentaire, a sans doute poussé à sa limite le caractère abstrait et indépendant de la transaction documentaire vis-à-vis de l'opération de base³⁵⁵. Ne faudrait-il pas alors reconsidérer, en la modérant, l'autonomie de la transaction documentaire par le recours à l'opération de vente ou d'installation industrielle dont la garantie ne vise, après tout, qu'à assurer le bon achèvement ?

350. [1979] 2 Lloyd's L. Rep. 505.

351. [1981] 3 W.L.R., 269.

352. *Id.*, p. 1045 (soulignés de nous).

353. L.C. CANSLER, « Notes », (1982) 17 *Tex. Int'l L.J.*, 229, p. 240; re *Henderson v. Canadian Imperial Bank of Commerce et al.*, (1983) 40 *B.C.L.R.* 318 (Cour suprême de Colombie britannique).

354. Re *Henderson*, *id.*, p. 321; le jugement de la Chambre des Lords, malgré l'inéquité qu'il pourrait représenter, peut sembler fondé en regard de la finalité même du crédit documentaire : Lord Diplock, *id.*, p. 1045 :

The whole commercial purpose for which the system of confirmed irrevocable documentary credits has been developed in international trade is to give to the seller an assured right to be paid before he parts with the control of the goods that does not permit of any dispute with the buyer as to the performance of the contract of sale being used as a ground for non-payment or reduction or deferment of payment.

355. C.M. SCHMITTHOFF, « Export Trade », (1982) *J. Bus Law*, 319.

4.1.3. La fraude étendue au contrat de base

4.1.3.1. Un équilibre rompu par la garantie à première demande

Deux facteurs justifient le développement impressionnant qu'a connu le crédit documentaire : le principe de l'autonomie de l'engagement du garant et celui de la stricte conformité des documents aux instructions de la garantie. Il s'établissait alors un équilibre fondamental entre les intérêts divergents des parties à la transaction de base, le donneur d'ordre consentant à faire une promesse de paiement irrévocable moyennant une « contre-prestation représentée par la présentation de documents conformes aux termes du crédit »³⁵⁶, de la part du bénéficiaire. Or, cette contre-prestation du bénéficiaire fait défaut dans le cas de la garantie automatique ce qui, à l'occasion, peut entraîner des abus sérieux de la part du bénéficiaire, la menace de fraude venant alors non des documents falsifiés ou frauduleux mais de la fraude dans la transaction de base³⁵⁷.

4.1.3.2. Nécessité du recours aux principes de base du droit des obligations

Même s'il s'agit d'une pratique des opérateurs du commerce international non sanctionnée par la loi, la garantie, de par sa fonction intrinsèque, ne devrait pas empêcher tout recours à la théorie générale du droit des obligations. Une telle approche a été jugée nécessaire à un développement harmonieux du crédit documentaire³⁵⁸, institution analogue à la garantie contractuelle. Quand on sait que la fraude interne est impossible en matière de garantie automatique³⁵⁹, on comprendra plus facilement que cette solution doive être étendue à la garantie contractuelle. Cela paraît être le cas en droit américain où l'exécution du *standby credit* a été partiellement soumise aux principes traditionnels de l'interprétation selon les règles de l'équité³⁶⁰. C'est ainsi que :

356. A. BOUDINOT, « Autonomie du crédit documentaire », (1982) *Banque*, 595, p. 597.

357. DRISCOLL, *supra*, note 115, p. 482 et 492.

358. J. STOUFFLET, *Le crédit documentaire*, Paris, Librairies Techniques, 1957, p. 276.

359. J. STOUFFLET, « Le contentieux de la garantie internationale », (1982) *Rev. Jurisp. Comm.*, 245, p. 250.

360. B. KOZOLCHYK, *supra*, note 241, p. 351, qui cite avec approbation les affaires *Bank of N.C. v. Rock Island Bank*, 570 F. 2d 202, (7th Cir. 1978), rev'd following remand, 630 F. 2d 1243 (7th Cir. 1980) et *Karpasia Shipping Co. v. Chase Manhattan Bank World Trade Center*, n° 79-1722, (S.D.N.Y. July 3, 1980); E.L. SYMONS, *supra*, note 128, 341.

the legal isolation of the bank's undertaking in the letter of credit transaction should not be emphasized blindly, with the concomitant danger of disregarding the relevance of ordinary rules of contract law, such as good faith, ...³⁶¹

D'ailleurs, l'arrêt fondamental sur cette question est l'affaire *Sztejn*³⁶² où il était question d'un crédit documentaire devant financer la vente de cinquante caisses de poils de blaireau (*bristles*) et payable sur présentation de factures de douanes et d'un connaissance. Les documents soumis pour le paiement étaient irréprochables en apparence mais l'acheteur donneur d'ordre, s'étant aperçu que la marchandise expédiée consistait en poils de vache et autres rebuts sans valeur marchande, prit une action contre la banque garante pour l'empêcher de payer. Le juge Shientag, tout en reconnaissant le principe de l'indépendance de la transaction documentaire, donna raison au demandeur pour la raison qu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'un simple bris du contrat de la part du bénéficiaire mais d'une fraude active de la part de ce dernier, dès lors :

In such a situation, where the seller's fraud has been called to the bank's attention before the drafts and documents have been presented for payment, the principle of the independence of the bank's obligation under the letter of credit should not be extended to protect the unscrupulous seller.³⁶³

Commentant cet arrêt, le juge Lord Denning devait dire :

That case shows that there is this exception to the strict rule [de l'indépendance de la garantie] : the bank ought not to pay under the credit if it knows that the documents are forged or that the request for payment is made fraudulently in circumstances where there is no right to payment.³⁶⁴

Ce raisonnement est repris dans l'affaire *Henderson*³⁶⁵. Le litige a pris naissance en Colombie britannique et portait sur une lettre de crédit devant garantir le paiement du prix d'achat d'une série télévisée. La compagnie de production, bénéficiaire de la garantie, tomba en faillite et les spectacles ne virent jamais le jour. Malgré cela, le syndic à la faillite fit appel à la garantie. Considérant que la demande de paiement avait été faite sans fondement, le juge Berger devait déclarer :

The exception based on fraud, as that conception is understood in equity, has been thus broadened and the case at bar falls within it.³⁶⁶

361. SYMONS, *id.*

362. *Supra*, note 345.

363. *Id.*, p. 634 ; le même raisonnement vaut en France, v. Trib. Comm. Paris, 24 mars 1981, (1982) *Rev. Trim. de droit comm. et de droit économique*, 813.

364. *Re Owen*, *supra*, note 159, p. 171 (soulignés de nous).

365. *Supra*, note 355.

366. *Id.*, p. 321 ; la Cour faisait allusion (p. 320) au passage précité du juge Denning dans l'affaire *Owen* qui a, selon lui, élargi l'exception de fraude en comparaison de ce qui a été décidé dans *re Stejn*, et qui a été suivi par l'affaire *Rosen v. Pullen*, 126 D.L.R. (3d) 62.

Le Québec n'a pas échappé à ce courant qui vise à interpréter la fraude en matière de garantie contractuelle à la lumière des principes traditionnels du droit des obligations. C'est ainsi que dans l'arrêt *B. G. Checo International Ltée*³⁶⁷ le juge Riopel, assimilant l'abus de droit à la fraude, s'exprime en ces termes :

La décision du bénéficiaire de rappeler les cautionnements ou garanties bancaires constitue un abus de droit équivalant à fraude qui justifie la Cour d'intervenir sans hésitation.³⁶⁸

Lorsque l'inexécution par le bénéficiaire de la garantie de ses obligations en vertu du contrat de base se double d'une mauvaise foi dans le recours à la garantie, il semble donc qu'il y ait ouverture à la fraude mettant en échec l'exécution de la garantie et ce nonobstant la stricte conformité des documents³⁶⁹. Tel serait le cas si le bénéficiaire rappelle la garantie alors qu'il n'a aucune intention de permettre que la dispute contractuelle soit réglée³⁷⁰. Cette opinion se justifie par le rôle même initialement imparti à la garantie en tant que sûreté :

the basic function of the standby credit is to permit the beneficiary to hold the stakes while a dispute on the underlying contract is being litigated ; where the facts show that the standby credit is not being used to achieve this function, either because there is no « bona fide » dispute over performance of the underlying contract or because the beneficiary intends to prevent resolution of the dispute, then the rationale for permitting the standby credit to function without judicial interference falls as well.³⁷¹

Tout se passe donc, en cas de demande de paiement frauduleuse, comme si le voile de l'autonomie de la garantie automatique était écarté et ce, malgré l'absence de tout renvoi au contrat de base. L'on se fonderait alors non pas tant sur le texte de la garantie que sur « l'esprit de l'engagement de la garantie. »³⁷²

Ce recours à l'équité ou aux principes de base du droit des obligations dans le cadre de la garantie ou du crédit documentaire a suscité l'inquiétude

367. *Supra*, note 28.

368. *Id.*, p. 31.

369. H. LESGUILLONS, *supra*, note 284, p. 507.

370. G. WEISZ et J. BLACKMAN, « Standby Letters of Credit after Iran : Remedies of the Account Party », (1982) *Univ. of Illinois L. Rev.* 355, p. 375 ; aussi l'affaire *Checo*, *supra*, note 28 où le bénéficiaire a congédié l'ingénieur-conseil qui servait d'intermédiaire entre lui et le donneur d'ordre rendant ainsi impossible l'exécution du contrat.

371. WEISZ et BLACKMAN, *id.*, qui citent dans le même sens : *Itek Crop. v. First National Bank*, 511 F. Supp. 1341 (D. Mass. 1981) et *Touche Ross & Co. v. Manufacturers Hanover Trust Co.*, 434 N.Y. Supp. (2d) 575 (sup. Ct. 1980), aff's, N.Y.S. 2d (1982).

372. K. PLEYER, cité dans GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, p. 15.

d'une partie de la doctrine tant européenne qu'américaine qui est favorable à l'application pure et simple des termes exprès de la garantie. Si, pour certains, les tribunaux ne peuvent nier les gains obtenus grâce à un plus grand pouvoir de négociation³⁷³, d'autres craignent qu'à vouloir recourir sans retenue aux principes du droit des obligations, on vide le système des garanties contractuelles de toute sa substance³⁷⁴.

4.1.3.3. Les limites à l'application des principes du droit des obligations : l'interprétation restrictive de la fraude

Il existe une controverse sur l'étendue à donner à l'exception de la fraude. Certains affirment que la nullité du contrat primitif, sa résolution ou son extinction — suite à une dispute contractuelle — libère le garant dont l'engagement trouve sa cause dans le contrat de base³⁷⁵. Aussi, il a été jugé, dans le cas d'un contrat de garantie affecté d'une condition suspensive, que si cette condition ne se réalise pas, la garantie tombe puisque le contrat de base est censé ne s'être pas formé³⁷⁶. Cette tendance, à forte résonance causaliste, est doublement critiquable. Du point de vue juridique d'abord puisque le rôle de la cause doit s'apprécier au moment de la formation du contrat³⁷⁷, ensuite pour une question d'opportunité puisqu'elle escamote en fait le principe de l'indépendance de la garantie, notamment à première demande, en ouvrant largement l'accès à l'exception de la fraude, minant ainsi toute sécurité contractuelle en la matière³⁷⁸. Le recours à la notion de cause en cas de garantie contractuelle devrait avoir pour seul but « d'assurer le contrôle de la licéité et de la moralité de la convention. »³⁷⁹

Nous favorisons l'interprétation restrictive de la fraude en rapport avec les agissements du bénéficiaire dans le contrat de base. Dans ce sens, nous référerons à l'affaire *Owen*³⁸⁰ qui concerne un contrat intervenu en novembre

373. R.A. DRISCOLL, *supra*, note 115, p. 502.

374. L. SIMONT et BRUYNEEL, *supra*, note 306, p. 103 ; H. Harfield, une grande autorité dans le domaine du crédit documentaire aux USA, a écrit dans un langage fort imagé :

I fear that the sacred cow of equity may trample the tender vines of Letter of Credit Law
v. H. HARFIELD, « Code, Customs and Conscience in letter of credit law », (1971) 4 *U.C.C. L.J.*, 7, p. 11 et 14.

375. STOUFFLET, *supra*, note 26, p. 79 ; Trib. Grande Instance de Paris, 11 juillet 1980, *D.* 1981.II.336, note VASSEUR qui a néanmoins dit que la prétendue nullité n'a pas d'effet tant qu'elle n'aura pas été prononcée.

376. Cour de Paris, 17 janvier 1983, *D.* 1983.I.R.303, note VASSEUR.

377. Cour de cassation, 16 novembre 1977, *Bull. Civ.* III, n. 391, p. 298 ; *D.* 1978.I.R.198.

378. *D.* 1981.487, note VASSEUR.

379. *Id.*

380. *Supra*, note 159.

1976 entre le demandeur-fournisseur et des clients libyens pour la fourniture et l'installation de serres. Le contrat prévoyait que le paiement, acquittable en plusieurs versements, serait effectué par les acheteurs au moyen d'un crédit documentaire confirmé et irrévocable ouvert en faveur du fournisseur et payable au guichet de la banque défenderesse. Avant que le contrat ne soit conclu, les acheteurs ont exigé l'émission d'une garantie bancaire de bonne fin (*performance bond*) payable à première demande. La garantie, conformément à la volonté des acheteurs, fut délivrée par une banque libyenne qui se fit alors contre-garantir par la banque défenderesse. Ce contrat comportait donc un crédit documentaire — moyen de paiement — et une garantie bancaire — forme de sûreté — lesquels sont normalement délivrés de pair lors d'une transaction internationale. Par la suite, l'acheteur, bénéficiaire de la garantie, ne devait ouvrir qu'un crédit confirmé révocable, et ce en violation des stipulations du contrat de base. Le vendeur, donneur d'ordre de la garantie, a alors considéré le contrat comme caduc et l'a signifié au bénéficiaire de la garantie. Cela n'empêcha pas ce dernier de demander que la garantie soit honorée ; ce à quoi la banque garante se déclara prête à obtempérer. Le vendeur donneur d'ordre de la garantie s'adressa aux tribunaux pour empêcher le paiement en vertu de la garantie.

La Cour débouta le demandeur donneur d'ordre de la garantie en ces termes :

I am prepared to assume (a) that the plaintiffs are right in saying that the Executive Authority [le bénéficiaire] failed to comply with their contractual obligation as to the letter of credit ; (b) *that as a result the plaintiffs were entitled to treat the contracts as repudiated by the Executive Authority and to cancel it, as they may have done by their letter of Mar. 29, 1977, and as they did by their solicitor's letter of May 23, 1977.* But, in my view, even if these assumptions are right, this does not come anywhere near establishing fraud on the part of the Executive Authority or the Umma Bank.³⁸¹

Cette attitude très rigoureuse s'expliquerait par la fonction historique de la garantie qui joue le rôle d'un dépôt en espèces :

En faisant appel à la garantie et parce que tout cela doit être considéré comme sous-entendu, le bénéficiaire entend se replacer dans la situation qui aurait été la sienne, si, au moment de la conclusion du contrat et à une époque où il n'était pas question de nullité (ou de résiliation ou de résolution), le dépôt avait été constitué.³⁸²

381. *Id.*, p. 173 (soulignés de nous) ; aussi re *Lumcorp Ltd.*, *supra*, note 210, p. 995-996.

382. D. 1983.II.365, note VASSEUR, p. 369 ; en droit américain, la question de l'étendue pose des problèmes similaires. On se demande alors s'il faut retenir le critère de l'*intentional fraud* ou celui de l'*egregious fraud*. Ce dernier étant plus strict, voir re *Intraworld Industries, Inc. v. Girard Trust Bank*, 461, Pa. 343, 336 A. 2d 316 (1975) qui a jugé que la fraude devait équivaloir à une « outrageous conduct which shocks the conscience of the Court. » Cette

4.1.3.4. La preuve de la fraude

4.1.3.4.1. L'exigence d'une fraude manifeste

Il appartient au garant ou au donneur d'ordre de prouver que l'appel de la garantie est entaché de fraude. Règle générale, les tribunaux sont réticents à intervenir dans le mécanisme d'exécution de la garantie. Ceci les amène à exiger que le contestataire fasse la preuve d'une fraude manifeste ou caractérisée de la part du bénéficiaire. C'est la jurisprudence britannique qui a fait œuvre de pionnier dans ce domaine. L'affaire *Discount Records*³⁸³, pour la première fois, a apporté une nuance à l'arrêt *Sztejn*³⁸⁴ en refusant l'injonction au motif qu'il ne suffisait pas d'une *alleged fraud* mais d'une *established fraud*, c'est-à-dire une fraude qui saute aux yeux. Cette décision a été invariablement suivie par les jugements subséquents des tribunaux anglais :

But it is certainly not enough to allege fraud ; it must be « established », and in such circumstances I should say very clearly established.³⁸⁵

En général, la jurisprudence et la doctrine de l'Europe continentale renvoient de façon laconique au critère de la fraude manifeste comme faisant autorité³⁸⁶. Toutefois, un arrêt récent du tribunal de commerce de Luxembourg est venu cerner de plus près le sens à donner à cette fraude manifeste :

Si, pour établir la mauvaise foi du bénéficiaire, il s'avère nécessaire de recourir à la production de preuves supplémentaires, de procéder à des mesures d'instruction ou d'appel de tiers à la cause, l'exception du garant doit être rejetée.³⁸⁷

L'exception de fraude est fondée sur l'adage *fraus omnia corrumpit*. Or, déjà en crédit documentaire, il a été dit que cet adage devait être restrictivement interprété puisqu'il n'y a lieu de faire échec au principe du formalisme qui caractérise les transactions documentaires qu'en cas de preuve indiscutable d'une « fraude évidente. »³⁸⁸

décision est critiquée par L. SYMONS, *supra*, note 128, p. 348 qui la considère inapplicable aux lettres de crédit ; il propose une définition élargie de la fraude, dans le sens décidé par l'affaire *Dynamics Corp. of America v. Citizens and Southern National Bank*, 356 F. Supp. 991 (N.D. Ga. 1973).

383. *Discount Records Ltd. v. Barclays Bank Ltd. et al.*, [1975] 1 All. E.R. 976.

384. *Supra*, note 345.

385. *R.D. Harbottle (Mercantile) Ltd. et al. v. National Westminster Bank Ltd. et al.*, [1977] 2 All. E.R. 862 (Juge Kerr) ; aussi re *Owen, supra*, note 159, Lord Denning, p. 170.

386. Trib. Com. Bruxelles, (ord. réf.) du 6 avril 1982, (1982) *Dalloz Sirey*, 504.

387. Jugement du 27 novembre 1980, *D.* 1981.I.R.504, note VASSEUR, confirmé par Cour d'appel de Luxembourg, 16 mars 1983, *D.* 1983.I.R.299.

388. F. EISEMANN et C. BONTOUX, *Le crédit documentaire dans le commerce extérieur*, Paris, Coll. Jupiter, édit. Navarre, nouvelle édit., 1981, p. 126.

4.1.3.4.2. La preuve *prima facie* de la fraude

Dans le cas des garanties automatiques, certains auteurs pensent qu'on devrait assouplir l'exigence de la fraude vu la difficulté de trouver dans la plupart des garanties des documents pouvant contribuer à diminuer les risques de mauvaise foi du bénéficiaire³⁸⁹.

C'est, paraît-il, dans cette voie que les tribunaux canadiens se sont engagés, du moins dans les cas de recours exercés à titre préventif pour empêcher la réalisation de la garantie³⁹⁰. Ainsi, au stade de l'injonction interlocutoire, favorise-t-on la preuve *prima facie* de la fraude du bénéficiaire. C'est le juge Galligan dans l'affaire *C.D.N. Research* (Iran) qui, le premier, a rendu la preuve de fraude moins sévère en retenant le critère du *strong «prima facie» case of fraud*³⁹¹. Ce jugement fut suivi dans l'arrêt *C.D.N. Research* (Irak)³⁹² puis dans l'affaire *Rosen v. Pullen* où le critère de la «fraude manifeste» fut rejeté en termes explicites par le juge Craig de la High Court of Justice d'Ontario :

In *C.D.N. Research and Development Ltd.* [...] ³⁹³, Galligan J. appears to equate a good or strong «prima facie» case of fraud on an interlocutory application with «established fraud», [...] I agree with Galligan J. In my opinion it is not logical to refer to «established fraud» or «clear fraud» on an interlocutory motion where the Court has not seen or heard the parties.³⁹⁴

389. M. BELLIS et Y. POULLET, *supra*, note 163, p. 161.

390. À l'exception de l'affaire québécoise de *Lumcorp*, *supra*, note 210, où le juge Aronovich dit à la page 995 : «For the Court to interfere, the fraud must be obvious; [...]».

391. *C.D.N. Research & Development Ltd. v. Bank of Nova Scotia*, 18 C.P.C. 62, p. 65 citée dans *Rosen v. Pullen*, 126 D.L.R. (3d) 62, p. 68.

392. *Supra*, note 279, p. 489. Il est à noter que ce jugement fut renversé en appel, v. *C.D.N. Research and Development Ltd. v. Bank of Nova Scotia et al.*, [1983] 39 O.R. (2d) 13 (Ont. Div. Ct.), p. 17. La Cour y a décidé qu'il serait illogique de vouloir se limiter au texte de la seule lettre de garantie pour décider de la question de révocabilité et en même temps référer à la demande d'ouverture de crédit de façon à rendre applicables les *Règles et Usances Uniformes Relatives aux Crédits documentaires* (C.C.I., Publication n° 290). Ayant jugé que le juge de première instance a donc erré en raisonnant ainsi, la Cour devait affirmer que puisque la garantie bancaire ne référerait pas aux Règles et Usances et ne disait mot de sa révocabilité, elle devait être considérée comme irrévocable :

If revocability is to be a recognized implied feature of such banking instruments, when they are silent on that point, they will have little value for the purpose of international commerce.

Sur la question de la fraude — qui nous intéresse particulièrement —, le critère du *strong «prima facie» case of fraud*, tel que retenu par le juge de première instance, fut confirmé quoique sa preuve ne fut pas faite, v. p. 19.

393. *Supra*, note 393.

394. *Supra*, note 393, p. 72; aussi re *Henderson*, *supra*, note 355, p. 320.

Cette tendance à assouplir le critère de la fraude en matière de garantie est suggérée en droit français où certains commentateurs sont d'avis qu'il suffit d'apporter de solides présomptions de la fraude à défaut d'en faire la preuve complète³⁹⁵. Mais au Canada, certains auteurs critiquent cette orientation de notre jurisprudence en lui reprochant de mettre en péril les fondements mêmes du *Standby Credit*. Selon eux, le résultat de ces jugements nuit à la sécurité des transactions internationales puisqu'ils substituent, à toutes fins pratiques, le critère de « demande frauduleuse » à celui de « documents frauduleux »³⁹⁶.

4.2. Les recours à titre préventif du donneur d'ordre

4.2.1. La possibilité de ces recours

Le donneur d'ordre est celui qui supporte en dernier ressort les conséquences d'un paiement injustifié de la garantie³⁹⁷. En général, la banque garante prend soin de préciser par écrit qu'elle n'est pas tenue de donner un avis à son client lors de la réception de la demande d'exécution de la garantie mais, en pratique, elle avertira toujours le donneur d'ordre avant d'honorer la garantie³⁹⁸. Cela fournit au donneur d'ordre la possibilité de saisir la justice s'il estime que le bénéficiaire n'a pas droit au produit de la garantie et si le garant entend passer outre à ses protestations. Cette démarche judiciaire est rendue d'autant plus nécessaire qu'un certain courant d'opinions est d'avis que le garant ne puisse refuser de payer de son propre chef si la fraude alléguée se situe au niveau du contrat de base³⁹⁹. Le donneur d'ordre peut alors se prévaloir d'une saisie-arrêt, d'une injonction ou encore d'une mise sous séquestre.

395. A. BOUDINOT, *supra*, note 358.

396. G.B. GRAHAM et B. GEVA, « Documentary Credits : Introduction to Canadian Law and Practice », in *13th Annual workshop on Commercial and Consumer Law*, October 14-15, 1983, Faculty of Law, University of Toronto, 230, p. 235. L'opinion de ces auteurs nous semble discutable, du moins, dans le cas de la garantie payable automatiquement où il ne peut alors être question de « documents frauduleux ». Plus sérieuse est l'objection de W.C. GRAHAM, *supra*, note 94, p. 126 qui critique les arrêts *C.D.N. Research (Iran)*, *supra*, note 393 et *B.G. Checo International*, *supra*, note 28, qui se sont fondés, selon lui, sur une fiction légale pour surmonter la position difficile de la banque confirmatrice étrangère. C'est ainsi que le juge Galligan a statué, dans la première affaire, que la Banque Melli est un simple mandataire du ministère (bénéficiaire de la garantie) coupable de la fraude et qu'elle ne peut donc être distinguée du participant à la fraude.

397. Sauf peut-être en cas d'appel manifestement abusif de la garantie sur lequel le garant aurait fermé les yeux, *D. 1983.I.R.297*, note VASSEUR.

398. M. BELLIS, « Discussions », in *Les garanties bancaires*, *supra*, note 15, p. 178.

399. L. BECKERS, *supra*, note 14, 181 ; KOZOLCHYK, *supra*, note 275, p. 123.

Avant d'aborder ces divers recours, il y aurait lieu de se demander si le garant peut valablement exiger du donneur d'ordre de renoncer d'avance à toute action visant à empêcher le paiement de la garantie. En droit français et allemand notamment, il semble permis de renoncer expressément à la prérogative d'exercer un recours préventif déterminé mais une renonciation générale d'ester en justice n'est pas tolérée⁴⁰⁰. Toutefois, un jugement est venu préciser ce principe en matière de garantie documentaire. C'est ainsi qu'on a jugé que le donneur d'ordre peut renoncer à contester l'appel de la garantie sans que cela ne l'empêche d'exercer une saisie-arrêt visant à reconnaître un droit de créance contre le bénéficiaire de la garantie. Le contraire eut été un déni de justice⁴⁰¹.

4.2.2. La saisie-arrêt

4.2.2.1. La garantie est-elle une créance saisissable ?

La procédure de la saisie-arrêt permet à un créancier de saisir avant jugement les biens du défendeur⁴⁰². De façon quasi unanime l'on admet que le bénéficiaire devient titulaire d'une créance contre le garant dès l'ouverture d'un crédit documentaire irrévocable⁴⁰³. Cette créance est qualifiée de conditionnelle⁴⁰⁴ ou éventuelle⁴⁰⁵. C'est pourquoi l'arrêt de la Cour d'appel de Paris⁴⁰⁶ qui a décidé, en matière de crédit documentaire, que le bénéficiaire n'a pas de droit de créance contre le garant tant qu'il n'a pas présenté les documents requis, puisque aussi longtemps que cela n'est pas fait il s'agit d'une promesse irrévocable de payer qui n'est pas dans le patrimoine du bénéficiaire, est resté isolé⁴⁰⁷.

400. En France, v. *Rép. Dalloz*, Proc. Civ., 2^e éd., v. Action, par Vincent, n° 7, cité avec approbation par M. VASSEUR, *supra*, note 161, p. 353; en Allemagne, v. K. PLEYER, *supra*, note 245, p. 193 qui fait exception pour le cas de violation manifeste de la loi ou celui de mauvaise foi; contra. GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, p. 16; pour lesquels « L'opposition est le prélude à une saisie »; or « la faculté de saisir serait une prérogative d'ordre public à laquelle le créancier ne peut — au moins à l'avance — valablement renoncer. », v. D. 1980.II.488, p. 490.

401. Trib. de Grande Instance de Paris, 13 mai 1980, D. 1980.488.

402. Article 733 C.P.C.

403. EISEMANN et BONTOUX, *supra*, note 390, nos 172 et 173; solution adoptée aussi par les *Règles et Usances Uniformes* de la C.C.I., a. 3.

404. Assortie d'une condition suspensive (elle serait résolutoire en matière de garantie) selon EISEMANN et BONTOUX, *id.*

405. STOUFFLET, *supra*, note 360, p. 332.

406. Cour de Paris, 23 janvier 1981, D. 1981.II.630, note VASSEUR.

407. Ce jugement est sévèrement critiqué par M. VASSEUR, *id.*, pour qui la Cour a confondu naissance et exigibilité du droit du bénéficiaire; aussi STOUFFLET, *supra*, note 361, p. 250.

La créance du bénéficiaire en vertu d'une garantie, même à première demande, est saisissable en principe puisque l'on admet que la volonté des parties ne peut aller jusqu'à créer des créances insaisissables hormis les cas spécifiés dans la loi⁴⁰⁸. C'est ainsi que les créanciers du bénéficiaire, en matière de crédit documentaire, — et donc par analogie dans le cas des garanties — peuvent saisir-arrêter la garantie⁴⁰⁹. Mais lorsque c'est le donneur d'ordre qui essaie de se servir de cette procédure la réponse ne fait plus l'unanimité.

4.2.2.2. Le donneur d'ordre peut-il saisir la garantie?

4.2.2.2.1. Lorsque la créance alléguée est liée au contrat de base

Normalement, dans le cas où la créance alléguée est fondée sur le contrat de base, le donneur d'ordre ne devrait pas être admis à saisir la garantie pour la raison qu'il serait devenu créancier du bénéficiaire de la garantie. L'on juge, en effet, que le donneur d'ordre a renoncé d'avance à tout moyen d'empêcher le paiement de la garantie. Cette opinion devrait prévaloir notamment dans le cas où l'opposition du donneur d'ordre se fonde sur une faute contractuelle du bénéficiaire. Certes, les tribunaux français et belges, dans le cas d'ordonnances de référé, ont déjà jugé du contraire en permettant une saisie-arrêt en main tierce, en fait chez le garant, par le donneur d'ordre qui alléguait sa qualité de créancier pour n'avoir pas été rémunéré pour des travaux qu'il avait exécutés⁴¹⁰. Mais un arrêt récent de la Cour de cassation française⁴¹¹ a décidé du contraire. Dans cette affaire, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait décidé que la procédure en saisie-arrêt de la part du donneur d'ordre titulaire d'une créance certaine en son principe était recevable puisqu'il s'agit d'une mesure conservatoire qui n'atteint pas le caractère irrévocable du crédit documentaire⁴¹². Ce jugement fut renversé par la Cour de cassation au motif que la Cour d'appel a violé les termes de l'article 1134 du *Code Napoléon* — qui stipule que la convention tient lieu de loi pour les parties — et de l'article 3 des *Règles et Usances Uniformes relatives*

408. Cour de Paris, 27 octobre 1981, *J.C.P.* 1981.II.19702, note BOULOY; SIMONT, *supra*, note 340, p. 489.

409. Trib. de Grande Instance de Paris, 13 mai 1980, *J.C.P.* 1981.II.19550, note VASSEUR; *D.* 1980.488, note GAVALDA et STOUFFLET; Trib. de Grande Instance de Paris, 6 juillet 1981; Trib. Arrond. Luxembourg, 17 mai 1982, *D.* 1983.I.R.301.

410. *Id.*

411. Cass., 14 octobre 1981, *Semaine Juridique*, 1982.II.19815, note GAVALDA et STOUFFLET, aussi Cour de Paris, 23 janvier 1981, *D.* 1981.II.630, note VASSEUR.

412. Aix-en-Provence, 11 janvier 1980, (1982) *Rev. Banque*, 681.

au crédit documentaire puisque le garant avait reçu des documents conformes du bénéficiaire et s'était engagé irrévocablement à son égard⁴¹³.

Ce jugement de la Cour de cassation a été suivi par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Bulk Oil* qui portait sur un crédit *standby*⁴¹⁴. Tout en prenant soin de rappeler que le droit positif français ne mentionne pas parmi les créances insaisissables celles découlant d'une garantie irrévocable, fût-elle à première demande, la Cour rejeta néanmoins la saisie-arrêt demandée par le donneur d'ordre pour la raison principale qu'il y a, en l'espèce, identité de personne entre le donneur d'ordre et celui qui invoque une créance à l'égard du bénéficiaire de la garantie⁴¹⁵. Dès lors, conclut le jugement

l'indépendance de la garantie à l'égard du contrat de base entraîne pour conséquence que le donneur d'ordre ne peut se prévaloir de l'exécution défectueuse de ce contrat pour pratiquer une saisie sur la garantie, alors qu'il a renoncé par avance à contester le bien-fondé des paiements effectués par la banque. Admettre la possibilité d'une telle saisie serait permettre à l'un des contractants de paralyser, fût-ce provisoirement, l'exécution des engagements clairs et précis qu'il a pris en connaissance de cause, compte tenu des risques auxquels il s'exposait.⁴¹⁶

Cet argument de l'obstacle posé par l'identité de personnalité entre le donneur d'ordre et celui qui demande la saisie-arrêt a été également retenu par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg. Ledit tribunal souligne en outre que le donneur d'ordre se trouverait à plaider en réalité une exception de compensation ce qui va à l'encontre du principe de l'inopposabilité des exceptions tirées du lien donneur d'ordre — bénéficiaire en matière de garantie à première demande⁴¹⁷.

À cette opinion maintenant bien établie, la seule exception semble être le cas où le comportement du bénéficiaire déroge au principe de bonne foi dans les conventions à un degré tel qu'il y aurait fraude ou escroquerie⁴¹⁸.

4.2.2.2. Si la créance alléguée est étrangère au contrat de base ou à la contestation en vertu de la garantie

Il est généralement admis que le donneur d'ordre de la garantie puisse procéder à une saisie-arrêt de la créance que le bénéficiaire possède contre le

413. Cassation, *id.*

414. Cour de Paris, 27 octobre 1981, *J.C.P.* 1981.II.19702, note BOULOUY.

415. *Id.*

416. *Id.*

417. *Supra*, note 411 ; sur l'inopposabilité de la compensation, voir aussi *D.* 1981.487, note VASSEUR.

418. BOUDINOT, *supra*, note 358, p. 596 ; Cour de cassation, 14 octobre 1981, *D.* 1982.II.301, note VASSEUR, p. 303.

garant s'il a lui-même une créance suffisamment certaine, exigible et liquide qui ne trouve pas sa source dans le contrat de base⁴¹⁹. Mais il semble, en plus, selon un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris⁴²⁰, que le donneur d'ordre soit autorisé à exercer cette mesure dans le cas où la créance qu'il invoque, quoique s'inscrivant dans le cadre général du contrat de base, est distincte de la créance alléguée par le bénéficiaire de la garantie. Dans cette affaire, les donneurs d'ordre de la garantie, une société française et une autre argentine, avaient demandé une saisie-arrêt d'une garantie de bonne fin après que celle-ci ait été appelée suite à une prétendue exécution défectueuse des travaux. Les entrepreneurs alléguaient qu'ils n'avaient pas été payés pour des travaux supplémentaires effectués par eux. La Cour d'appel jugea que la créance concernant des travaux supplémentaires est « totalement distincte de celle que les mal-façons alléguées par le Gas del Estado (le bénéficiaire de la garantie) ont pu faire naître au profit de celui-ci » et pourraient donc justifier la saisie de la garantie. Mais elle a considéré qu'en l'espèce, « le principe même des créances alléguées demeure sérieusement litigieux ».

À l'opposé de cette tendance, signalons l'existence d'un jugement d'un tribunal luxembourgeois, à notre avis critiquable, qui a statué

l'inopposabilité des exceptions tirées des rapports entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, que ces rapports résultent du contrat de base ou d'autres relations juridiques existant entre les parties.⁴²¹

4.2.2.3. Problème de l'existence de la créance du saisissant

Même si on reconnaît au donneur d'ordre la possibilité d'effectuer une saisie-arrêt entre les mains du garant portant sur le produit de la garantie en cas de fraude (et s'agissant d'une créance liée au contrat de base), un tel droit risque d'être plutôt théorique et sans conséquences. En effet, certains auteurs sont d'avis que c'est le paiement de la garantie appelée abusivement qui constitue l'assiette de la créance du donneur d'ordre. Il s'ensuit, selon cette opinion, que tant qu'il n'y aura pas de demande de paiement de la garantie, la demande de saisie-arrêt est sans objet et, une fois la garantie réalisée, la procédure devient inopérante puisqu'elle vient alors trop tard⁴²².

Ce raisonnement, en plus de mener à une impasse, nous paraît critiquable. En effet, l'on peut avancer qu'il suffit d'un appel arbitraire de la

419. *Semaine Juridique*, 1982.II.19815; note GAVALDA et STOUFFLET; *D.* 1982.304; note VASSEUR; M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, « Chronique de législation et de Jurisprudence bancaires », (1983) *Rev. Trim. Drt. Com.*, 9^e espèce, p. 102.

420. Paris, 5 mai 1982, *D.* 1982.I.R.497 (2^e espèce), note VASSEUR; CABRILLAC et TEYSSIÉ, *id.*

421. Trib. Arrond. Luxembourg, *supra*, note 409.

422. POULLET, *supra*, note 37, p. 430; VELU, *supra*, note 78, p. 241.

garantie pour faire naître un principe certain de créance du donneur d'ordre envers le bénéficiaire ⁴²³.

Cette controverse sur l'efficacité du recours en saisie-arrêt a amené les praticiens à s'orienter vers d'autres recours à titre préventif qui sont plus souples.

4.2.3. L'injonction

4.2.3.1. Les conditions de son exercice en matière de garanties

Pour le donneur d'ordre, la requête en injonction — surtout l'injonction interlocutoire — s'avère un substitut plus efficace que la saisie-arrêt qui exige l'existence d'une créance certaine et exigible. L'article 752 de notre *Code de procédure civile* pose comme conditions à l'obtention d'une requête en injonction l'apparence de droit et la crainte d'un préjudice sérieux ou irréparable. L'interprétation de cette disposition de la loi par la jurisprudence a conduit à l'élaboration de critères très sévères à l'effet que le dommage appréhendé soit irréparable, qu'il n'y ait pas d'autre remède valable en droit et que l'on tienne compte de la balance des inconvénients ⁴²⁴.

En matière de garantie contractuelle, l'indépendance du contrat de garantie par rapport au contrat de base implique que l'apparence de droit du demandeur ne puisse être accueillie sans l'administration d'une preuve solide *prima facie* établissant la fraude du bénéficiaire ⁴²⁵. Même le préjudice irréparable que pourrait subir le donneur d'ordre n'a pas été jugé suffisant pour accorder l'injonction, en l'absence d'agissements frauduleux du bénéficiaire. Au Québec, l'injonction fut refusée dans l'affaire *Lumcorp Ltd.*, malgré la preuve à l'effet que le donneur d'ordre ne pourra se faire rembourser étant donné qu'il aura alors à poursuivre un gouvernement étranger ⁴²⁶. C'est la conclusion à laquelle est arrivé le juge Henry dans l'arrêt *Aspen Planners* où, en l'absence de fraude, il refusa le recours en dépit du risque d'inexécution du jugement, le bénéficiaire de la lettre de crédit s'appêtant alors à quitter l'Ontario et à faire déplacer ses biens :

423. GAVALDA et STOUFFLET, *supra*, note 44, p. 16 qui citent un arrêt du Tribunal de Grande Instance de Paris du 7 février 1980; MAZZONI, *supra*, note 291, p. 303.

424. *Trudel c. Clairol Inc. of Canada*, [1975] 2 R.C.S. 236; *McNicoll v. Cité de Jonquière*, [1970] C.A. 263.

425. *Affaires supra*, note 393.

426. *Supra*, note 210, p. 996, le juge Aronovich précisant toutefois que les dommages étaient quantifiables et que le donneur d'ordre était assuré.

I am asked to enjoin the contractor [bénéficiaire] from applying for and receiving a payment from the bank under the letter of credit [...] This amounts to freezing a potential judgment. In effect it is tantamount to execution before judgment. In the circumstances, I do not consider that such an interim injunction should issue. While I have much sympathy for the plaintiff who sees the possibility of obtaining an enforceable judgment disappearing, that is the risk that it took when it arranged the letter of credit with the bank.⁴²⁷

Sur la question de la balance des inconvénients, les tribunaux ont généralement opposé les intérêts du garant à ceux du donneur d'ordre et ont habituellement favorisé le premier. La raison avancée en est que le dommage subi par les banques garantes, en particulier la mauvaise réputation qui se crée pour une banque qui ne tient pas ses engagements, est supérieur au préjudice qu'un paiement injustifié de la garantie entraînerait pour le donneur d'ordre⁴²⁸. L'on est pourtant en droit de se demander si les intérêts à prendre en considération lors de l'examen du critère de la balance des inconvénients ne doivent pas être ceux du bénéficiaire et du donneur d'ordre. Celui-ci est, en effet, celui qui subira toute perte éventuelle au bout du compte.

4.2.3.2. Nécessité de fournir une caution en cas d'octroi de l'injonction

Dans les cas où l'injonction doit être accordée au donneur d'ordre et que la garantie vient à expiration avant le procès au fond, il pourrait en résulter une situation inique pour le bénéficiaire s'il venait à gagner le procès. Vu cette situation, le juge devrait utiliser son pouvoir en équité, soit pour obtenir du donneur d'ordre qu'il dépose une caution au montant de la garantie jusqu'à jugement sur le fond, soit pour que le donneur d'ordre s'arrange avec la banque pour proroger la durée de validité de la garantie⁴²⁹.

Conclusion

Le principe de l'autonomie de la garantie contractuelle est maintenant bien établi en droit comparé. Toutefois, l'exception à ce principe, notamment l'étendue de la fraude, fait encore problème. Nous opinons qu'en matière de garantie contractuelle et ce, plus encore que dans le cadre du crédit

427. *Aspen Planners Ltd. v. Commerce Masonry & Forming Ltd. et al.*, [1980] 100 D.L.R. (3d) 546, 552.

428. *Richardson v. Polimex*, *supra*, note 168, p. 165; *American Cyanamid & Co. v. Ethicon*, [1975] A.C. 396; *American Bell v. Islamic Republic*, 474 F. Supp., 421, p. 426 où le juge MacMahon dit qu'entre deux parties également innocentes, il faut trancher en faveur de celle qui n'a pas pris le risque, c'est-à-dire le garant.

429. Voir dans ce sens l'affaire *Rosen v. Pullen*, *supra*, note 393, p. 75.

documentaire irrévocable, il importe de ne pas limiter la fraude à la seule transaction documentaire puisqu'il serait illusoire de pouvoir déceler une faute quelconque dans les documents soumis, en particulier lorsqu'il s'agit des garanties automatiques. Mais il importe cependant que l'exception n'anéantisse pas le principe. En effet, s'il était permis au donneur d'ordre d'invoquer certaines dispositions du contrat de base, il ne devrait pas en résulter que la simple référence par ce dernier à une clause exonératoire ou encore la preuve d'un manquement du bénéficiaire à ses obligations, empêche automatiquement la réalisation de la garantie. Il faudrait, en plus, que le bénéficiaire défaillant soit de mauvaise foi⁴³⁰.

L'on remarque aussi que la garantie contractuelle, surtout celle payable à première demande, place le donneur d'ordre dans une situation encore plus délicate que celle qui aurait été la sienne dans le cadre du crédit documentaire irrévocable. Cela est particulièrement vrai lorsque la garantie est délivrée par la banque du bénéficiaire qui se fait alors contre-garantir par la banque du donneur d'ordre. Dans ce cas, il fut décidé que :

l'engagement de garantie pris par le contre-garant envers le garant de premier rang est lui-même un engagement indépendant à la fois du contrat de base, mais aussi du contrat de garantie conclu entre la banque garante de premier rang et le bénéficiaire.⁴³¹

Par conséquent, l'appel même abusif du bénéficiaire est sans effet sur les rapports entre la banque garante et la banque contre-garante⁴³² et il ne peut donc pratiquement pas y avoir de saisie-arrêt ou de défense de payer⁴³³. L'on a jugé, en effet,

qu'une saisie-arrêt, même valablement engagée, ne pourrait en aucun cas porter sur une créance du débiteur et serait donc parfaitement nulle et, en tout cas, inopérante, puisque la banque contre-garante ne sera jamais débiteur du bénéficiaire (envers lequel elle ne s'est pas engagée directement).⁴³⁴

Il est donc très important que le donneur d'ordre s'entoure de précautions lors de la rédaction du contrat de base, à tout le moins, de façon à pouvoir démontrer plus facilement la mauvaise foi du bénéficiaire ou son

430. *Re B.G. Checo*, *supra*, note 28; WEISZ et BLACKMAN, *supra*, note 372.

431. *D.* 1981.428, note VASSEUR, p. 488.

432. *C. Appel Luxembourg*, *D.* 1983.I.R.297.

433. MAZZONI, *supra*, note 291, p. 304; Trib. Grande Instance de Montluçon, *D.* 1981.394, note VASSEUR.

434. Trib. Gr. Inst. de Montluçon, *id.*; voir néanmoins un jugement du Président du Trib. de commerce de Bruxelles du 6 avril 1982, cité dans (1982) *Rev. Banque*, 695 qui a enjoint à la banque contre-garante de ne pas payer la banque garante au vu de la preuve de mauvaise foi de celle-ci.

abus de droit ⁴³⁵. Ainsi, étant donné que la garantie de bonne fin est souvent exigée avant même la signature du contrat, le donneur d'ordre devra stipuler que l'engagement de la banque garante ne deviendra effectif qu'à la date de signature du contrat ⁴³⁶. Lorsque son pouvoir de négociation le lui permet, il arrive aussi que le donneur d'ordre exige, dans le cas d'un contrat de fourniture, que le montant de la garantie de bonne fin ou en restitution d'acomptes soit réduit au prorata de chaque expédition. En cas de marché portant sur la fourniture et le montage de biens de production, le donneur d'ordre essaiera d'obtenir la réduction de la garantie selon les diverses étapes de l'exécution confirmées par un certificat de réception provisoire. Cette pratique est même recommandée de façon uniforme pour les garanties en restitution d'acomptes et sélective pour les garanties de bonne fin par les *Formules normalisées des garanties contractuelles* de la C.C.I. ⁴³⁷ Toutefois, nous attirons ici l'attention sur l'injustice qui peut en résulter pour le bénéficiaire suite à la diminution de la garantie de bonne fin proportionnellement aux livraisons d'équipement. En effet, l'assemblage global et les essais à vide n'ont lieu qu'à la fin des dernières livraisons. Or, si un défaut se manifestait à ce moment, le montant de la garantie non encore libéré ne constitue plus une sûreté suffisante entre les mains du bénéficiaire.

D'autre part, advenant que l'exécution du contrat nécessite qu'une partie des travaux soit confiée à une autre entreprise, le donneur d'ordre a avantage à exiger que des garanties contractuelles lui soient fournies par le sous-traitant ⁴³⁸. Mais c'est surtout à une police d'assurance que l'exportateur-donneur d'ordre devra songer pour pallier les risques commerciaux et politiques de l'opération. À cet effet, il existe au Canada, à l'instar des autres pays industrialisés ⁴³⁹, une corporation de la Couronne dénommée la Société pour l'expansion des exportations (S.E.E.) ⁴⁴⁰ qui peut être d'une aide précieuse pour le fournisseur ou entrepreneur canadien dans ses relations avec le cocontractant étranger. Cette société, au capital d'un milliard et demi

435. Malgré les impressions laissées par les récentes tentatives de fraude liées au contentieux américano-iranien, la garantie, même à première demande, demeure un mécanisme très fiable, les rapports de confiance étant à la base des opérations du commerce international. v. LLOYD-DAVIES, «Survey of Standby Letters of Credit», (1979) 65 *Fed. Res. Bull.* 716, 717.

436. *Pratique des contrats internationaux*, T. II. L. II-109, Paris, Éditions et Gestion M.S., 1981.

437. Publication n° 406, citée dans (1982) *D.P.C.I.*, 715.

438. *D.* 1983.365.

439. Cas de la COFACE en France, de l'Office du Ducroire en Belgique et de l'*Export Credits Guarantee Department* (E.C.G.D.) au Royaume-Uni.

440. Créée en 1969 par la *Loi sur l'expansion des exportations*, S.C. 1969, c. 39, S.R.C. 1970, Chap. E-18.

de dollars⁴⁴¹, s'est dotée, en 1978, d'un programme permettant d'assurer le donneur d'ordre national contre les risques découlant des garanties contractuelles qu'elles soient de soumission, de bonne fin ou en restitution d'acomptes⁴⁴². Les risques envisagés peuvent être d'ordre commercial ou politique⁴⁴³ et sont couverts dès la date de signature du contrat ou celle de l'expédition des marchandises⁴⁴⁴. La S.E.E. peut soit assurer directement le donneur d'ordre lui-même — il s'agit alors d'une coassurance puisque celui-ci assume une légère part du risque (10 %) —, soit assurer la banque garante de l'exportateur pour la totalité du risque, en cas d'appel abusif de la garantie⁴⁴⁵.

Dans un autre ordre d'idées, l'étude que nous avons effectuée nous a amené à constater que la garantie contractuelle, au sens de sûreté indépendante, demeure, pour le moment, une garantie bancaire — les compagnies d'assurance n'étant pas intéressées par ce type d'industrie — portant sur un engagement de payer. Dès lors, l'obligation de faire, qui seule pouvait servir d'instrument efficace pour le transfert de technologie des pays industrialisés vers ceux en développement, se trouve exclue de la portée de ces garanties⁴⁴⁶. Or, dans les cas de réalisation d'usines « clé en main » ou « produit en main », ce qui intéresse le plus les pays du Tiers-Monde, c'est un garant capable de se substituer à l'entrepreneur défaillant et qui, par son savoir-faire technologique, denrée rare dans ces pays, mènerait à bien le projet⁴⁴⁷. C'est pourquoi d'aucuns voient d'un mauvais œil la pratique actuelle des garanties bancaires, en particulier la garantie de bonne fin, qui, au lieu d'équivaloir aux principes de la responsabilité contractuelle qui obligent le débiteur à l'exécution de l'obligation en nature ou au paiement de dommages-intérêts compensant pour tout le préjudice subi couvrent « du nom attirant de

441. Suite à la nouvelle hausse votée par le Parlement fédéral le 27 septembre 1983, in *Le Devoir*, 28 septembre 1983.

442. *Les systèmes de financement des crédits à l'exportation dans les pays membres de l'OCDE*, publication de l'OCDE, Paris, 1982, 80. Outre la protection pour ces services d'assurance, la SEE peut faciliter le financement à l'exportation. Dans le cas d'exportation de biens d'équipement, des prêts sont directement alloués à l'acheteur. Et pour établir des lignes de crédit, la SEE met des fonds à la disposition d'une banque du pays de l'acheteur, v. « Les exportations », *supra*, note 4.

443. T.P. CHEN, « Canadian Export Credits, Guarantee and Insurance Programs », in *Studies in Canadian Business Law*, éd. par Fridman, Toronto, Butterworths, 1971, 368, p. 372.

444. *Les systèmes de financement*, *supra*, note 442, p. 77.

445. *Id.*, p. 80.

446. *Les Règles Uniformes pour les garanties contractuelles*, *supra*, note 31, avaient entendu couvrir la garantie de faire, v. l'article 2, parag. b.

447. M. SALEM et M.-A. SANSON, *Les Contrats « Clé en main » et les Contrats « produit en main »*, Université de Dijon, Paris, Librairies Techniques, 1979, p. 113.

“garantie” ce qui n’est qu’une exonération de responsabilité.»⁴⁴⁸ Pourtant les *Règles Uniformes pour les garanties contractuelles* qui envisageaient la possibilité d’une garantie de faire n’ont pas connu beaucoup de succès.

En effet, comparée aux *Règles et Usances Uniformes relatives aux crédits documentaires*⁴⁴⁹, la publication de la Chambre de commerce internationale portant sur les garanties contractuelles n’a pas eu tout l’effet escompté. Certes, celle-ci n’existe que depuis 1978 mais il est à craindre que ce soit une faiblesse inhérente à son contenu même qui explique cette situation. En effet, les *Règles Uniformes pour les garanties contractuelles* ignorent à toutes fins pratiques la garantie contractuelle la plus répandue, soit celle payable à première demande. Dès lors, ce document qui se voulait une source de droit international a été virtuellement ignoré par les jugements des tribunaux européens et nord-américains⁴⁵⁰. L’on a alors pensé à appliquer les *Règles et Usances Uniformes relatives aux crédits documentaires* aux garanties contractuelles. Selon la Commission des Techniques et Pratiques de la C.C.I., la garantie contractuelle, même à première demande, est couverte par la définition du crédit documentaire contenue au paragraphe (b) des Dispositions générales et définitions des Règles et Usances⁴⁵¹. Cette opinion ne faisait toutefois pas l’unanimité et c’est pourquoi la C.C.I., dans la nouvelle révision des Règles et Usances⁴⁵², a décidé d’étendre les Règles et Usances Uniformes aux garanties contractuelles en mentionnant explicitement celles-ci dans le champ d’application des Règles et Usances⁴⁵³ et dans la définition de « crédits »⁴⁵⁴. Cette solution peut se justifier par le fait

448. *Id.*, p. 122; cette opinion est assez sévère selon nous car si elle se justifie en regard du montant de la garantie, elle passe sous silence l’avantage pour le bénéficiaire de ne pas avoir à prouver la défaillance de son cocontractant, preuve qui est difficile à apporter dans certains marchés, v. J. BASTIN, *L’Assurance-crédit dans le monde contemporain*, Paris, Éd. Jupiter et Éd. de Navarre, 1978, p. 73.

449. Versions révisées de 1962 et 1974, le Canada a adhéré à ces deux révisions, v. S.A. SHEPHERD, *supra*, note 4, p. 107.

450. B. KOZOLCHYK, *supra*, note 241, 345; d’ailleurs, dès leur promulgation, ces Règles Uniformes ont été rejetées par certaines associations bancaires dont celle des U.S.A., la première puissance marchande au monde, v. *Symposium on Law of Letters of Credit*, *supra*, note 241, p. 236 et du Canada, v. G.G. SEDGWICK, « Aspects of Payment and Financing Mechanisms in the Export Trade », in *New Dimensions in International Trade Law*, Toronto, Butterworths, 1980, 83, p. 94.

451. B.S. WHEBLE, *supra*, note 20, p. 304.

452. Révision de 1983, *Publication n° 400* de la C.C.I., supposée entrer en vigueur à la fin de l’année 1984.

453. *Id.*, parag. (a).

454. Article 1, cité par GRAHAM et GEVA, *supra*, note 398, p. 298. Voir aussi les articles 3 et 4 dont la portée peut englober les garanties contractuelles.

que, au moins en Amérique du Nord, crédit documentaire et garantie contractuelle (*standby credit*) se servent tous les deux de la lettre de crédit comme support⁴⁵⁵. Malgré cela, crédit documentaire et garantie contractuelle répondent à des besoins distincts des opérateurs du commerce international. Édicter un texte unique de nature quasi législative appelé à s'appliquer à cette double pratique peut s'avérer une entreprise audacieuse. Pourtant, en agissant ainsi, la C.C.I. ne pourrait avoir oublié la leçon amère laissée par les déboires de sa précédente publication sur les garanties contractuelles, restée lettre morte.

*
* *

Bibliographie sélective

1. Ouvrages généraux

BAUDOUIN, J.-L., *Les obligations*, Cowansville, Éd. Yvon Blais Inc., 1983.

GHESTIN, J., *Le Contrat : principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Université McGill, 1982.

MIGNAULT, P.B., *Le droit civil canadien*, vol. 8, Montréal, Wilson et Lafleur, 1909.

ROCH, H. et PARÉ, R., *Traité de droit civil du Québec*, tome 13, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952.

RYN, J. Van et HEENEN, *Principes de droit commercial*, tome IV, Bruxelles, Bruylant, 1965.

2. Ouvrages spécialisés

BASTIN, J., *L'assurance-crédit dans le monde contemporain*, Paris, Éd. Jupiter, Éd. de Navarre, 1978.

Les différends dans la construction, Cours de formation professionnelle du Barreau du Québec, Cours n° 65, Montréal, 1982.

EISEMANN, F. et BONTOUX, Ch., *Le crédit documentaire dans le commerce extérieur*, Paris, Éd. Jupiter, 1976.

Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours, Paris, Éditions du Moniteur, 1981.

455. Au Canada, les *Règles et Usances Uniformes relatives aux Crédits documentaires* sont stipulées applicables au crédit *stand-by* souvent à la demande du bénéficiaire, v. SEDGWICK, *supra*, note 450, p. 89.

- GISCARD d'ESTAING, F., *Financement et garanties du commerce international*, Paris, P.U.F., 1977.
- GUTTERIDGE, H.C. and M. MEGRAH, *The Law of Banker's Commercial Credits*, 6^e éd., London, Europa Publications Ltd., 1979.
- HARTLEY, T.C., *The Law of Suretyship and Indemnity in the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Ireland*, Brussels, Studies of the Commission of the E.E.C., 1974.
- New Dimensions in International Trade Law*, éd. par J.S. ZIEGEL et W.C. GRAHAM, Toronto, Butterworths, 1980.
- La pratique des contrats internationaux*, Centre d'études et de recherches internationales, Paris, Éditions et Gestion M.S., 1981.
- ROUSSEAU-HOULE, Th., *Les contrats de construction en droit public et privé*, Montréal, Wilson et Lafleur/Sorej, 1982.
- SALEM, M. et M.-A. SANSON, *Les contrats « clé en main » et les contrats « produit en main »*, Université de Dijon, vol. 5, Paris, Librairies Techniques, 1979.
- SCHMITTHOFF, C.M., *Schmitthoff's Export Trade*, 7^e éd., London, Stevens & Son, 1980.
- SHEPHERD, S.A., *Foreign Exchange and Foreign Trade in Canada*, 5^e éd., Victoria (B.C.), Sino Nis Press, 1980.
- STOUFFLET, J., *Le crédit documentaire*, Paris, Librairies Techniques, 1957.
- Les systèmes de financement des crédits à l'exportation dans les pays membres de l'O.C.D.E.*, Paris, O.C.D.E., 1982.
- THÈS, A., *Le commerce international*, Paris, Scodel, 1981.
- WARD, W. & HARFIELD, H., *Bank Credits and Acceptances*, 5^e éd., New York, Ronald Press Co., 1974.
- WOOD, Ph., *Law and Practice of International Finance*, London, Sweet and Maxwell, 1980.
- ZIEGEL, J.S. and GEVA, B., *Commercial and Consumer Transactions*, Toronto, Emond-Montgomery Ltd., 1981.

3. Articles de revues et périodiques et autres publications

- « Are letters of credit worth the paper they are written on », *The Economist*, March 24, 1979.
- ARNOLD, H.J. et E. BRANSILVER, « The Standby Letter of Credit: the controversy continues », (1978) 10 *U.C.C.L.J.*, 272.
- BAILEY, H.J., « Commercial Papers, Bank deposits and Collections, Letters of Credit », (1981) 36 *Business Lawyer*, 1305.
- « Bank Plunge into Performance Bonding of Overseas Projects, Spurring Concern », *Wall Street Journal*, June 15, 1978.
- BECKER, J.D., « Standby Letters of Credit and the Iranian Cases: Will the Independence of the Credit Survive? », (1980) 13 *U.C.C.L.J.*, 335.
- BECKERS, L.G., « Contract guarantees and international bonding practices », in *Trade Financing*, London, 1981, Publications Euromoney, 3.
- BIERMAN, D.T., « Letters of Credit », (1980) 9 *Denver Journal of International Law & Policy*, 164.
- BONTOUX, Ch., « Du rôle et de l'intervention des banques dans les opérations de crédit documentaire », (1982) *Banque*, 1055.
- BONTOUX, Ch., « Les garanties bancaires dans le commerce international », (1982) *Banque*, 171.
- BONTOUX, Ch., « Le crédit documentaire est-il condamné », (1981) *Banque*, 1142.
- BONTOUX, Ch. et EPSCHTEIN, S., « Crédits documentaires: règle commune ou intérêts particuliers », (1976) *Banque*, 35.

- BONTOUX, Ch. et EPSCHTEIN, S., « Réflexions sur le formalisme du crédit documentaire », (1972) *Banque*, 465.
- BOUCHARD, J.D., « International Banking : Repudiation of Contract and Enforcement of Letter of Credit Agreements », (1978-79) 6 *Syracuse J. of Internat. Law & Commerce*, 316.
- BOUDINOT, A., « Le 27^e Congrès de la Chambre de commerce internationale », (1982) *Banque*, 177.
- BOUDINOT, A., « La jurisprudence et le crédit documentaire », (1982) *Banque*, 1061.
- BOUDINOT, A., « Autonomie du crédit documentaire », (1982) *Banque*, 595.
- BRUYNEEL, A., « Droit bancaire », (1982) *Journal des tribunaux*, 349.
- COSTET, L., « Les contrats de réalisation d'ensemble industriel », (1981) 7 *Droit et Prat. du Comm. Internat.*, 559.
- CURTIS-BENNETT, P., « Guarantee », n° 108, vol. 20, 4^e éd., *Halsbury's Laws of England*, London, 1978.
- DESJARDINS, D., « Le banquier et les ventes internationales », (1982) *Meredith Lect.*, 131.
- DRISCOLL, R.J., « The Role of Standby Letters of Credit in International Commerce : Reflections after Iran », (1980) 20 *Virg. J. of Internat. Law*, 459.
- DUBISSON, M., « Le droit de saisir les cautions de soumission et les garanties de bonne exécution », (1977) 3 *Drt. et Prat. du Comm. Internat.*, 423.
- EDWARDS, R., « The Role of Bank Guarantees in International Trade », (1982) 56 *Australian Law Journal*, 281.
- EISEMANN, F., « Arbitrages et garanties contractuelles », (1972) *Revue de l'arbitrage*, 379.
- ELLAND-GOLDSMITH, M., « Performance bonds in the English Courts », (1978) 4 *Drt. et Prat. du Comm. Internat.*, 151.
- ELLAND-GOLDSMITH, M., « Principes généraux du droit anglais des contrats et les opérations internationales », (1980) 6 *Drt. et Prat. du Comm. Internat.*, 445.
- ELLINGER, P., « Fraud in documentary Credit transactions », (1981) *J. of Business L.*, 258.
- ELLINGER, E.P., « Uses of Letters of Credit and Bank Guarantees in the Insurance Industry », (1978) 6 *Int. Bus. Lawyer*, 604.
- FARRAR, S.F., « Letters of Credit », (1983) 38 *Bus. Lawyer*, 1169.
- FEISZ, G. and J.I. BLACKMAN, « Standby Letters of Credit after Iran : remedies of the account party », (1982) *Univ. Ill. L. Rev.*, 355.
- GAVALDA, C. et J. STOUFFLET, « La lettre de garantie internationale », (1980) 33 *Rev. Trim. de drt. comm. et de droit écon.*, 1.
- GEWOLB, R.J., « The Law applicable to International Letters of Credit », (1966) 11 *Villanova L. Rev.*, 742.
- GETZ, H.A., « Enjoining the International Standby Letters of Credit », (1980) 21 *Harv. Int. L.J.*, 189.
- GNICHTEL, W.V.O., « Intricacies of performance guarantees in Saudi Arabia », (1983) 100 *Banking L.J.*, 354.
- GRAHAM, W.C., « Letter of Credit basic considerations », (1982) *Meredith Lect.*, 104.
- HARFIELD, H., « Identify Crises in Letter of Credit Law », (1982) 24 *Ariz. L. Rev.*, 239.
- HARFIELD, H., « The Increasing Domestic Use of the Letter of Credit », (1971) 4 *U.C.C.L.J.*, 251.
- HARFIELD, H., « The Standby Letter of Credit Debate », (1977) 94 *Banking L.J.*, 293.
- HARFIELD, H., « Enjoining Letter of Credit Transactions », (1978) 95 *Banking L.J.*, 293.
- JACKSON, L., « Contract Guaranties abroad », (1958) *J. of the Institute of Bankers*, 79.
- KIMBALL, G. et SANDERS, B.A., « Preventing wrongful payment of guaranty letters of credit — Lessons from Iran », 39 *The Business Lawyer*, 417-440, février 1984.

- KOLYER, S.T., « Judicial Development of Letters of Credit Law : A Reappraisal », (1980) 66 *Cornell L. Rev.*, 144.
- KOPELMANS, L., « Les garanties bancaires de bonne fin d'exécution de contrats internationaux de fournitures industrielles complètes », in *Mélanges Barmann*, Muenchen : Beck, 1975.
- KOZOLCHYK, B., « The Emerging Law of Standby Letters of Credit and Bank Guarantees », (1982) 24 *Ariz. L. Rev.*, 319.
- KOZOLCHYK, B., « Legal Aspects of Letters of Credit and Related Secured Transactions », (1979) 11 *Lawyer of the Americas*, 256.
- KOZOLCHYK, B., « Letter of Credit in Court : an expert Testifies », (1982) 99 *Banking L.J.*, 340.
- KOZOLCHYK, B., « Letters of Credit », vol. IX, Chap. 5, in J. Ziegel (ed.), (1979) *Internat. Encyclopedia of Comparative Law*.
- KOZOLCHYK, B., « Preface, Symposium : the Law of Letters of Credit and Standbys in the 1980's », (1982) 24 *Ariz. L. Rev.*
- « Letters of Credit : a solution to the problem of documentary compliance », (1982) 50 *Fordham L. Rev.*, 848.
- LORD, « The No-Guaranty Rule and the Standby Letter of Credit Controversy », (1979) 96 *Banking L.J.*, 46.
- MARSAC, X. T. de, « Le paiement et ses garanties dans la vente internationale de biens mobiliers corporels », (1980) 6 *Dr. et Prat. du Comm. Internat.*, 149.
- MATRAY, L., « L'arbitrage et le problème des garanties contractuelles », (1974) *Revue de la Banque*, 280.
- MAURIN, P., « Risques, responsabilités et assurances dans la vente des biens d'équipement », (1980) 6 *Dr. et Prat. Comm. Internat.*, 315.
- MEGRAH, M., « Risk Aspects of the Irrevocable Documentary Credit », (1982) 24 *Ariz. L. Rev.*, 255.
- MCLAUGHLIN, G.T., « Standby Letters of Credit and penalty clauses : an unexpected Synergy », (1982) 43 *Ohio State L.J.*, 1.
- MERCADAL, B., « Ordre public et contrat international », (1973) 3 *Drt. et Prat. Comm. Internat.*, 457.
- MILLER, F. H., « Commercial paper, bank deposits and collections, and letters of credit », (1982) 37 *Buss. Lawyer*, 973.
- MURRAY, D. E., « Letters of Credit in Nonsale of Goods Transactions », (1975) 30 *Bus. Lawyer*, 1103.
- MUZZY, J., « Performance guarantee — A Changing Business in Construction », *Meed Special Report*, février 1980, 19.
- NELSON, J. A., « How to make a standby credit worth more than the paper it's written on », *Euromoney*, November 1979, 113.
- Note, « Guaranty Letters of Credit : Problems and Possibilities », (1974) 16 *Ariz. L. Rev.*, 822.
- Note, « Fraud in the Transaction : Enjoining Letters of Credit During the Iranian Revolution », (1980) 93 *Harv. L. Rev.*, 992.
- PAIROUX, B., « Les garanties inconditionnelles dans le commerce international : à la recherche d'un équilibre », (1982) 27 *Annales Fac. Drt. de Liège*, 231.
- POMERLEAU, M., « La fraude du bénéficiaire du crédit documentaire irrévocable : Étude comparative en droit commercial international », (1984) 44 *R. du B.* 113.
- POULLET, Y., « Les garanties contractuelles dans le commerce international », (1979) 5 *Drt. et Prat. du Comm. Internat.*, 387.

- POULLET, Y., « Les incertitudes récentes relatives à la nature juridique de l'assurance-caution », (1979) *Bulletin des Assurances*.
- RENDELL, « The Iranian revolution continues in the Courts », *Euromoney*, June 1979, 73.
- RYAN, R.H., « Letters of Credit supporting debt for borrowed money: the standby as backup », (1983) *Banking L.J.*, 404.
- SCHMITTHOFF, C.M., « The New Uniform Customs for Letters of Credit », (1983) *J. of Business Law*, 193.
- SION, G., « La garantie bancaire internationale et les enseignements du droit américain », *Revue de la Banque*, tome 3, Numéro spécial, mars 1984, 5.
- « The Snag in Arab Contracts », *Business Week*, April 25, 1977.
- « Standby Letters of credit and the problem of bad faith Calls », (1981) 8 *Yale J. World Publications Order*, 36.
- STOUFFLET, J., « Le Contentieux de la garantie internationale », (1982) *Revue de jurisprudence commerciale*, 245.
- STOUFFLET, J., « La lettre de garantie internationale », (1982) *Revue de jurisprudence commerciale*, (numéro spécial), 76.
- STOUFFLET, J., « Payment and Transfer in Documentary Letters of Credit », (1982) 24 *Ariz. L. Rev.*, 267.
- STUMPF, H., « Frequent Abuses of Contract Guarantees and Attempts at Remedying such Abuses », In *Liber Amicorum F. Eisemann*, I.C.C. Services, Paris, 1978, 141.
- SYMONS, E.L., « Letters of Credit: Fraud, Good Faith, and the Basis of Injunctive Relief », (1980) 54 *Tulane L. Rev.*, 338.
- THORUP, A.R., « Injunctions against payment of standby letters of credit: how can banks best protect themselves? », 101 *Banking L.J.*, 6 janvier 1984.
- VAN LIER, H., « Les garanties dites "à première demande" ou abstraites », (1980) *Journal des tribunaux*, 345.
- VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence, les obligations 1968-1973 », (1975) *Rev. Crit. de jurispr. belge*, 629.
- VERKUIL, R., « Bank Solvency and Guarantee Letters of Credit », (1973) 25 *Stanford L. Rev.*, 716.
- VIALARD, A., « L'offre publique de contrat », (1971) *Rev. Trim. Dnt. Civil*, 750.
- VIVANT, « Le fondement juridique des obligations abstraites », *D.* 1978, Chr. 39.
- VON CAEMMERER, E., « Bank Suretyships and bank guarantees in Foreign trade », (1977) 8 *Victoria Univ. of Wellington L. Rev.*, 349.
- WHEBLE, B.S., « Problem Children — Stand-By Letters of Credit and Simple First Demand Guarantees », (1982) 24 *Ariz. L. Rev.*, 301.
- WHITE, K.G., « Bankers guarantees and the problem of unfair calling », (1979) 11 *J. of Maritime Law & Comm.*, 121.
- WILKINS, C., « Loosening the Bonds on Middle East Trade », *Financial Times*, April 26, 1978.
- WILLIAMS, K.P., « On Demand and Conditional Performance Bond », (1981) *J. of Bus. L.*, 8.